



Procedimiento N° PS/00206/2016

RESOLUCIÓN: R/01579/2016

En el procedimiento sancionador **PS/00206/2016**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por D. **C.C.C.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 30 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **C.C.C.** (en lo sucesivo el denunciante) comunicando que D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciado), se anuncia en Facebook, utilizando una foto en la que aparece la hija del denunciante y sus amigos, todos ellos menores de edad, sin tener autorización para dicha publicación.

Adjunta a su denuncia, copia impresa de la publicación en el perfil de FACEBOOK “***FACEBOOK.1”, con fecha 24 de noviembre de 2015, de una fotografía en la aparecen varios menores sobre una tabla de surf, en dicho perfil se promociona la Escuela de Paddle Sup: “***FACEBOOK.1” con los datos para información y reservas de: “ **B.B.B.**”, Tfno: **D.D.D.**. También se publica una dirección de correo electrónico y una página web.

Con fecha 4 de febrero de 2016, a requerimiento de esta Agencia, el denunciante ha aportado copia del libro de familia donde figuran los datos de su hija (nacida en 2005) y copia del D.N.I. de su hija.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia con fecha 9 de febrero de 2016, se accede al perfil de Facebook “***FACEBOOK.1”, en la dirección de internet <https://www.facebook.com.....>, verificando que con fecha 24 de noviembre de 2015 se publicó la fotografía, que coincide con la aportada por el denunciante, incluida en el álbum de fotos “ **A.A.A.**” y que continúa publicada en la fecha de acceso. En el citado perfil se anuncian los servicios que se ofrecen en el “***FACEBOOK.1” y se identifica como propietario y autor a “ **B.B.B.**”

TERCERO: En fecha 3/05/2016 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, acordó iniciar procedimiento sancionador al denunciado por la posible infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) en relación con el art. 13.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.



CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, el denunciado presentó escrito de alegaciones, reconociendo la infracción y solicitando la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD comunicando:

*<<... quien suscribe estas alegaciones, **B.B.B.**, es Presidente de la Entidad Deportiva C.D. ***FACEBOOK.1, con NIF ***NIF.1.*

SEGUNDO.- *Que esta dicha Entidad Deportiva pretendía ofertar entre sus actividades la realización de Paddle SUP o Stand Up Paddle sobre tablas gigantes, una disciplina que se encuentra en auge actualmente.*

Que por ello se hizo acopio de imágenes de tablas gigantes de Paddle SUP a través del motor de búsqueda público Google a fin de incorporarlas a Facebook para promocionar la inscripción de alumnos a dicha actividad.

TERCERO.- *Que es cierto que esta parte compartió mediante Facebook la fotografía por la que se ha procedido al inicio de este procedimiento, siendo incierto que el objeto fuera lesionar la imagen de ninguno de los menores que aparecen en la mencionada, siendo dar a conocer el tipo de tablas de Paddle SUP que iba a empezar a ofertar (...)*

QUINTO.- *Que esta parte entendería totalmente desproporcionada la imposición de cualquier sanción que fuera más allá de la interposición del apercibimiento a que se refiere el artículo 45.6 LOPD puesto que entiende se dan los requisitos para la aplicación del mismo, esto es:*

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

QUINTO: Al haber reconocido el denunciado los hechos que se le imputan, se procede a elevar a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos el expediente a los efectos de dictar resolución al respecto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 30 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia escrito del denunciante comunicando que el denunciado, se anuncia en Facebook, utilizando una foto en la que aparece la hija del denunciante y sus amigos, todos ellos menores de edad, sin tener autorización para dicha publicación.

Adjunta a su denuncia, copia impresa de la publicación en el perfil de FACEBOOK “***FACEBOOK.1”, con fecha 24 de noviembre de 2015, de una fotografía en la aparecen varios menores sobre una tabla de surf, en dicho perfil se promociona la Escuela de Paddle Sup: “***FACEBOOK.1” con los datos para información y reservas de: “ **B.B.B.**”, Tfno: **D.D.D.**. También se publica una dirección de correo electrónico y



una página web.

Con fecha 4 de febrero de 2016, a requerimiento de esta Agencia, el denunciante ha aportado copia del libro de familia donde figuran los datos de su hija (nacida en 2005) y copia del D.N.I. de su hija (folios 1 a 7 y 10 a 13).

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia con fecha 9 de febrero de 2016, se accede al perfil de Facebook “***FACEBOOK.1”, en la dirección de internet <https://www.facebook.com.....>, verificando que con fecha 24 de noviembre de 2015 se publicó la fotografía, que coincide con la aportada por el denunciante, incluida en el álbum de fotos “ **A.A.A.**” y que continúa publicada en la fecha de acceso. En el citado perfil se anuncian los servicios que se ofrecen en el “***FACEBOOK.1” y se identifica como propietario y autor a “ **B.B.B.**” (folios 17 a 36)

TERCERO: Notificado el citado acuerdo de inicio, el denunciado presentó escrito de alegaciones, reconociendo la infracción comunicando:

*<<... quien suscribe estas alegaciones, **B.B.B. B.B.B.**, es Presidente de la Entidad Deportiva C.D. ***FACEBOOK.1, con NIF ***NIF.1.*

SEGUNDO.- Que esta dicha Entidad Deportiva pretendía ofertar entre sus actividades la realización de Paddle SUP o Stand Up Paddle sobre tablas gigantes, una disciplina que se encuentra en auge actualmente.

Que por ello se hizo acopio de imágenes de tablas gigantes de Paddle SUP a través del motor de búsqueda público Google a fin de incorporarlas a Facebook para promocionar la inscripción de alumnos a dicha actividad.

TERCERO.- Que es cierto que esta parte compartió mediante Facebook la fotografía por la que se ha procedido al inicio de este procedimiento, siendo incierto que el objeto fuera lesionar la imagen de ninguno de los menores que aparecen en la mencionada, siendo dar a conocer el tipo de tablas de Paddle SUP que iba a empezar a ofertar ...>> (folios 55 a 59).

CUARTO: Con fecha 3 de junio de 2016, se accede al perfil de Facebook “***FACEBOOK.1”, en la dirección de internet <https://www.facebook.com.....>, verificando que la citada fotografía no está accesible (folios 60 a 63).

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 8.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto, dispone:

“Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda.”

En aplicación del anterior precepto y teniendo en cuenta que el denunciado ha reconocido los hechos imputados, procede resolver el procedimiento iniciado.

III

En relación con las alegaciones realizadas por el denunciado *“...se hizo acopio de imágenes de tablas gigantes de Paddle SUP a través del motor de búsqueda público Google a fin de incorporarlas a Facebook para promocionar la inscripción de alumnos a dicha actividad...”*

Se imputa en el presente procedimiento, el tratamiento sin consentimiento de datos personales. Se hace necesario en primer lugar transcribir diversos conceptos que se acuñan en el artículo 3 de la LOPD.

“a) Datos de carácter personal: Cualquier información pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

c) Tratamiento de datos: 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.

d) Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

e) Afectado o interesado: Persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

f) Procedimiento de disociación: Todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

h) Consentimiento del interesado: Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el



tratamiento de datos personales que le conciernen.

j) Fuentes accesibles al público: Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación.”

IV

Los hechos expuestos suponen por parte del denunciado una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, en relación con el artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

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.*”

V

Por otra parte, el citado artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD 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.

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.

En relación con el tratamiento de datos personales de menores en Internet, la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de enero de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 577/201, que en su Fundamento de Derecho Cuarto establece:

<<...En cuanto al fondo, el recurrente esgrime como ya se ha expuesto, que el hecho no es antijurídico, al haber sido captadas las imágenes de los menores en un lugar abierto al público, sin finalidad comercial, por cuanto la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que es la legislación específica que regula el uso de la imagen, no prohíbe el uso de imágenes ajenas en dichas circunstancias.

Respecto a dicho alegato cabe reseñar que nos encontramos en el ámbito de la protección de datos de carácter personal y que la imagen personal de los menores que aparecían en el video en cuestión, que miran a la cámara y permite su identificación, tiene la consideración de dato de carácter personal, ex artículo 3.a) de la LOPD y 5.1.f del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, sujeto al ámbito de protección de la citada Ley Orgánica 15/1999, como así lo ha reconocido la STC 14/2003, de 30 de enero, y viene señalando esta Sala y Sección (SAN, de 24 de enero de 2003 (Rec. 400/2001), 28 de marzo de 2007 (Rec. 303/2005) 1 de octubre de 2008 (Rec. 1/2007), 8 de mayo 2009 (Rec. 514/2007) etc, entre otras muchas). Habiendo también reiterado la Sala en sendas sentencias de fecha uno de octubre de 2008, recaídas en los recursos 1/2007 y 47/2007, la compatibilidad del procedimiento sancionador o de tutela seguidos ante la AEPD con los procesos civiles promovidos al amparo de la Ley Orgánica 1/1982.

La resolución impugnada razona pormenorizadamente sobre la existencia de tratamiento automatizado de datos de carácter personal de los menores, sus imágenes, sin que en la demanda se suscite cuestión alguna sobre dichos extremos, no ofreciendo dudas a la Sala la existencia del tratamiento de datos de carácter personal de los menores dado el amplio concepto de tratamiento de datos que ofrece el artículo 3.c) LOPD y 5.1.t) RLOPD. Debe señalarse que la Directiva 95/46/CE es aún más minuciosa en la enumeración de las operaciones o procedimientos que constituyen tratamiento: recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción,



consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como bloqueo, supresión o destrucción.

Y en el presente caso la divulgación por medio de video de la imagen de los menores, constituye un tratamiento de sus datos de carácter personal, que al ser menores de 14 años de edad, pues contaban entre 7 y 8 años de edad, requiere para poder efectuarlo el consentimiento de sus padres o tutores, como exige el artículo 13.1 del RLOPD en relación con el artículo 6 LOPD que regula el principio del consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal del afectado. Por tanto, las alegaciones referentes a si los menores no se encontraban acompañados por sus profesoras en el concreto momento en que se grababa el video, resultan irrelevantes a los efectos del presente procedimiento, pues los menores por su edad no podían consentir ni la grabación ni la difusión de su imagen y el citado artículo 6.1 de la LOPD dispone, con carácter general, que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

Cabe resaltar que la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora, como ha señalado la STS, Sala 1ª, de 13 julio 2006 (Rec. 2947/2000) tras referirse a su jurisprudencia y a lo dispuesto en los arts. 18.1 y 20.1 CE, los arts. 2.2, 3, 7.5 y 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esta consideración especialmente protectora de la imagen de los menores es la que viene a destacar la resolución recurrida...>>

En el caso analizado, dado que el tratamiento y publicación en internet de la imagen de la hija menor de edad del denunciante por parte del denunciado no había sido autorizado por el mismo, debe considerarse incumplido el principio de consentimiento regulado en el artículo 6 de la LOPD.

VI

El artículo 44.3.b) de la LOPD en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, tipifica como infracción grave: *“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”*.

La Audiencia Nacional ha manifestado en su Sentencia de 22 de octubre de 2003 que *<<la descripción de conductas que establece el artículo 44.3d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave “tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los*

principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos...>>

En el presente caso, el denunciado ha reconocido voluntariamente su responsabilidad por el tratamiento no consentido de los datos de la hija del denunciante, lo que supone la comisión de una infracción tipificada como grave en el transcrito artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

VII

El artículo 45 en sus apartados 2, 4 y 5 de la LOPD en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible indica:

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) El grado de intencionalidad.*
- g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
- h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
- i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
- j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.”*

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a



aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.»

VIII

No obstante, 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”.

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. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el denunciado ha adoptado las medidas correctoras procedentes, al haber dado de baja la imagen de la hija del denunciante de su perfil de Facebook.

En el presente caso, teniendo en consideración que la fotografía publicada no tiene una especial sensibilidad (no muestra desnudez, patología u otra circunstancia



agravante) procede apercibir la conducta.

A este respecto se ha pronunciado la Audiencia Nacional en Sentencia de 2 de enero de 2013 (A/00275/2011), en la que se confirmó el apercibimiento dictado a un ciudadano por publicar en Facebook un video grabado en el zoo con la imagen de varios menores.

IX

Por otro lado, 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 citado fundamento de derecho: *<<...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...>>

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: ARCHIVAR el presente procedimiento a D. **B.B.B.**

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a D. **B.B.B.**, y a D. **C.C.C.**

TERCERO: 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 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 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