

Procedimiento Nº: PS/00391/2018

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos ante **V.B.GRUPO DE ATRACCIONES S.L.**, en virtud de reclamación presentada por **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: La reclamación interpuesta por el reclamante tiene entrada con fecha 6 de junio de 2018 en la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra **V.B.GRUPO DE ATRACCIONES S.L.** con NIF **B91779694** (en adelante, el reclamado). Los motivos en que basa la reclamación son el tratamiento de la imagen de su hija de cinco años de edad, en una atracción de feria sin su consentimiento.

Junto a su escrito de denuncia aporta la siguiente documentación:

- Reclamación presentada por estos hechos, ante la Junta Arbitral de Consumo de Andalucía, el 3 de junio de 2018.
- Copia de la fotografía tomada por un trabajador de **V.B GRUPO DE ATRACCIONES S.L.**

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, así como de los hechos y documentos de los que ha tenido conocimiento esta Agencia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, de conformidad con lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), requiriendo a **V.B GRUPO DE ATRACCIONES S.L.**, con NIF **B91779694**, la siguiente información:

- Especificación clara de las causas que han motivado la incidencia que ha dado lugar a la reclamación.
- Detalle de las medidas adoptadas por el responsable para solucionar la incidencia y para evitar que se produzcan nuevas incidencias como la expuesta. A este respecto, puede obtener, a través de www.aepd.es, información adicional sobre las obligaciones, previstas en la normativa de protección de datos, para responsables y encargados de tratamiento.
- En su caso, documentación acreditativa de que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 del RGPD, se han tomado las medidas oportunas para facilitar al afectado el ejercicio de sus derechos en virtud de los artículos 15 a 22, incluyendo copia íntegra de las comunicaciones remitidas en respuesta a las solicitudes que hubieran sido efectuadas por el reclamante.

El 13 de julio y 8 de octubre de 2018, **V.B GRUPO DE ATRACCIONES S.L.**, recibe carta de esta Agencia a través del cual se le da traslado de la reclamación presentada por el reclamante contra dicha entidad para que procediese a su análisis, diera respuesta al

reclamante y en el plazo de un mes informase a esta Agencia de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

Pese a ello, no consta en esta Agencia contestación por parte de **V.B.GRUPO DE ATRACCIONES S.L.**, al citado requerimiento, por lo que procede admitir a trámite la presente reclamación, sin perjuicio de lo que se determine en el curso de la tramitación.

TERCERO: Con fecha 13 de diciembre de 2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, por la presunta infracción del artículo 6.1 a) del RGPD, en relación con el artículo 8.1 del RGPD al tratar la imagen de una niña de 5 años, sin el consentimiento de quien ostenta su patria potestad, infracción tipificada en el artículo 83.4 a) del RGPD y calificada de grave en el artículo 73 a) de la LOPDGDD.

A la vista de todo lo actuado, por parte de la Agencia Española de Protección de Datos en el presente procedimiento se consideran hechos probados los siguientes,

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El tratamiento de la imagen de la hija del reclamante de cinco años de edad, en una atracción de feria sin su consentimiento.

SEGUNDO: **V.B GRUPO DE ATRACCIONES S.L.**, no ha respondido al requerimiento de información de la Agencia Española de Protección de Datos, ni ha presentado alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento, pese al traslado reiterado del requerimiento realizado por esta Agencia el 13 de julio y 8 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver este procedimiento.

II

El artículo 6.1 del RGPD, establece los supuestos que permiten considerar lícito el tratamiento de datos personales, en concreto en su apartado 1.a) se indica que se entenderá lícito el tratamiento de los datos personales si este dio su consentimiento.

En este sentido, y en aplicación al presente caso, donde se trata el derecho a la protección de la imagen de una menor de cinco años, señalar que el artículo 8 del RGPD regula las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, indicando que:

“1- Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.

Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño."

Por lo tanto, para que sea lícito el tratamiento de los datos personales de la menor de cinco años objeto de este caso, se requerirá el consentimiento de quien ostenta su patria potestad o tutela.

III

De conformidad con las evidencias de las que se dispone en el presente momento, se considera que los hechos conocidos son constitutivos de una infracción, imputable al reclamado, por el tratamiento de datos personales, regulado en el art. 6.1 a) del RGPD, en relación con el artículo 8.1 del RGPD al tratar la imagen de una niña de 5 años, sin el consentimiento de quien ostenta su patria potestad.

IV

El artículo 58.2 del RGPD dispone lo siguiente: "Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:

b) sancionar a todo responsable o encargado del tratamiento con apercibimiento cuando las operaciones de tratamiento hayan infringido lo dispuesto en el presente Reglamento;

d) ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado;

i) imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83, además o en lugar de las medidas mencionadas en el presente apartado, según las circunstancias de cada caso particular;

El art. 83.4 a) del RGPD establece que se sancionarán las infracciones que afecten:

"a) las obligaciones del responsable y del encargado a tenor de los artículos 8,11,25 a 39, 42 y 43".

V

En el presente caso, se trata de una situación que afecta al reclamante porque se trata del derecho a la protección de la imagen de una menor de cinco años.

Esta infracción puede ser sancionada con multa de 10 000 000 € como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía, de acuerdo con el artículo 83.4 del RGPD.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83.4, apartado a) del RGPD, en su art. 58.2 b) dispone la posibilidad de sancionar con apercibimiento, en relación con lo señalado en el Considerando 148:

“En caso de infracción leve, o si la multa que probablemente se impusiera constituyese una carga desproporcionada para una persona física, en lugar de sanción mediante multa puede imponerse un apercibimiento. Debe no obstante prestarse especial atención a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, a su carácter intencional, a las medidas tomadas para paliar los daños y perjuicios sufridos, al grado de responsabilidad o a cualquier infracción anterior pertinente, a la forma en que la autoridad de control haya tenido conocimiento de la infracción, al cumplimiento de medidas ordenadas contra el responsable o encargado, a la adhesión a códigos de conducta y a cualquier otra circunstancia agravante o atenuante.”

VI

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR a V.B GRUPO DE ATRACCIONES S.L., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58.2º letra b) RGPD, con relación a la denuncia por infracción del artículo 5.1 d) en relación con los artículos 12 y 14 del RGPD, tipificada como grave en el artículo 83.5 de la citada Ley Orgánica.

2.- REQUERIR a V.B GRUPO DE ATRACCIONES S.L., para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

-la adopción de todas las medidas razonables que garanticen que las fotografías tomadas en su atracción cuentan con el consentimiento de sus clientes, y en el caso de tratarse de menores de edad, que se cuenta con el consentimiento de quienes ostenten su patria potestad, de acuerdo con lo regulado en el art. 6.1 a) del RGPD en relación con el art. **8.1** del RGPD.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **V.B GRUPO DE ATRACCIONES S.L.**

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 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