

- Procedimiento N°: PS/00196/2020

938-0419

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En el procedimiento sancionador PS/00196/2020, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos, a la entidad DERDIX 5000 SL, con CIF.: B66773599, (en adelante, “la entidad reclamada”), en virtud de denuncia presentada por, D^a. **A.A.A.** y D^a **B.B.B.**, (en adelante, “las reclamantes”) y teniendo como base los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 17/10/19, tuvo entrada en esta Agencia escrito, presentado por las reclamantes, en el que, entre otras, indicaba:

*“Que con fecha *****FECHA.1** en la publicación número *****NÚMERO.1** de su revista *****REVISTA.1**, en la página *****PÁGINA.1** aparece anunciada la actividad *****ACTIVIDAD.1** (con foto y texto de actividad que también fue plagiada). Dicha actividad se anuncia en su revista con las fotos de nuestras hijas menores de edad, en traje de baño, maquilladas y al borde de una piscina. En dichas fotos se reconoce perfectamente a nuestras hijas. No hemos sido consultados, ni informados, así como, tampoco hemos prestado consentimiento alguno para la publicación de las mismas. Nos hemos puesto en contacto en cuatro ocasiones con diferentes trabajadores de esta publicación rogándolos información al respecto, que se asesoren sobre los derechos de los menores cuyas fotos publican, pero desde esta revista nos aseguran de manera soez y prepotente que han obtenido la foto de internet, que este es el proceder habitual y que no tienen por qué asumir responsabilidad alguna en este hecho”. Se anexa copia de la página de la revista donde aparece la publicación denunciada.*

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones para su esclarecimiento, al amparo de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD). Así, con fecha 06/11/19, se dirige un requerimiento informativo a la entidad SIERRA MOLERO S.L., entidad publicitada por la imagen de las niñas y el 08/11/19 a la entidad KIOSKO Y MAS SOCIEDAD GESTORA DE LA PLATAFORMA TECNOLÓGICA S.L, publicación denunciada por la publicación de la fotografía.

TERCERO: Con fecha 30/12/19, la entidad SIERRA MOLERO S.L, remite a esta Agencia, escrito, en el cual informa, entre otras, de lo siguiente:

*“Una de las madres que realiza la reclamación, trabajó en el Encanto del Valle del Lozoya desde de 2015 hasta el 10/09/18. Entre otras tareas se encargaba de la promoción de la Experiencia *****ACTIVIDAD.1** , que realizábamos en el Encanto del Valle (Gargantilla del Lozoya). Hasta esa fecha, a parte de la relación laboral nos unía una relación de amistad y entre ambas desarrollamos y promocionamos la actividad. Durante ese tiempo hubo consentimiento por parte de las reclamantes para la publicación de la foto a la que se hace referencia y fue utilizada voluntariamente por la propia madre para la promoción de la actividad mientras trabajaba en el Encanto del Valle. A continuación, adjuntamos fotos que muestran la evidencia del consentimiento*

para la difusión de la foto para la actividad en El Encanto del Valle. Desconocemos el motivo por el que la revista ha realizado la publicación a la que se hace referencia en la reclamación. A nosotros nos llega la noticia de la publicación el día 24/07/19 a través de un WhatsApp de un conocido que ve la revista. Adjunto capturas de pantalla en la que se muestra nuestra sorpresa por la publicación.

A los pocos días a la reclamante le llega noticia de la publicación y nos pregunta por ella. Le informamos de nuestro desconocimiento y sorpresa. La revista no se puso en contacto con nosotros en ningún momento y por su puesto de haberlo sabido, evidentemente no habiéramos utilizado esa imagen, al igual que no hemos publicado ninguna otra fotografía de las niñas desde que la madre no trabaja con nosotros.

*La madre nos solicita en ese momento que eliminemos la foto de nuestra web (que se colgó originariamente al lanzamiento de la actividad en el Encanto del Valle al tener su autorización como se ha podido apreciar en las capturas mostradas anteriormente). Y en cuanto hemos podido la foto ha sido eliminada como se puede observar en nuestra web, pues como ya hemos indicado no tenemos ningún interés en utilizarla. Pueden comprobar la inexistencia de las fotos en nuestra web: *****URL.1**, pero las dos madres, a día de hoy, siguen compartiendo la foto en sus redes sociales.*

No tenemos claro de donde tomó la información la revista. No se puede asegurar que la revista tomara la foto de la web del Encanto del Valle pues desde que la reclamante empezó a realizar la actividad en Aravaca, sus publicaciones en redes sociales han sido erróneas y muy confusas, tanto que en su momento nos llamaban los clientes y no sabían dónde se realizaba la actividad, si en el Encanto o en Aravaca (uno de los lugares donde la reclamante realiza actualmente la actividad). En El Encanto del Valle desconocíamos la publicación del artículo en la revista en la que se utiliza la foto objeto de la reclamación. De haberlo sabido no habiéramos facilitado esa foto si no otras más novedosas y renovadas que utilizamos actualmente en nuestras redes.

Ambas reclamantes eran conocedoras del uso que se estaba haciendo de la imagen y lo aprobaban tal y como queda demostrado en las capturas aportadas donde ellas mismas comparten y promocionan la actividad en El Encanto. Para evitar cualquier tipo de malentendido a futuro hemos eliminado la foto objeto de la reclamación en nuestra web, pues no tenemos ningún interés en utilizar la fotografía”.

CUARTO: Con fecha 05/12/19, la entidad KIOSKO Y MÁS S.L., remite escrito a esta Agencia, en el cual, entre otras, indica:

*“KIOSKO Y MÁS es una entidad dedicada a la distribución y comercialización al público de contenidos a través de un servicio digital, tales como periódicos o revistas online. Estos contenidos son titularidad exclusiva de las empresas editoras (en adelante, los Editores), por lo que KIOSKO Y MÁS no tiene vinculación alguna con el contenido de las publicaciones que realicen los Editores, ya que son los mismos, los que ostentan la titularidad total de todos los derechos en materia de propiedad intelectual. Tras recibir la presente notificación, en KIOSKO Y MÁS se han realizado las pertinentes verificaciones internas sobre la revista en cuestión **“***REVISTA.1”** y no se ha localizado la misma como contenido distribuido a través de KIOSKO Y MÁS.*

Se ha realizado una búsqueda en Internet sobre la entidad titular de dicha revista, con el fin de verificar si con la denominación social se pudiese encontrar algo en los sistemas de KIOSKO Y MÁS. De esta forma, en la página web del BO de Propiedad intelectual, se ha localizado que la revista en cuestión es titularidad de la entidad editora DERDIX 5000, S.L., con la cual KIOSKO Y MÁS no tiene ni ha tenido relación alguna.

Con todo lo anterior, entendemos que la reclamación formulada por las Interesadas contra KIOSKO Y MÁS, se debe a un error de las mismas a la hora de asociar la revista *****REVISTA.1** con KIOSKO Y MÁS, por tener una coincidencia parcial en el nombre y probablemente porque al introducir ciertas palabras claves en buscadores de Internet. tales como "revista" y "más", las primeras coincidencias de búsquedas corresponden a KIOSKO Y MÁS. Por otro lado, en relación a la reclamación de las Interesadas, en las que indican que se pusieron en contacto con la revista, en KIOSKO Y MÁS se ha verificado que en ningún momento se ha recibido ninguna comunicación de las mismas, por lo que se entiende que las Interesadas se pusieron en contacto con la entidad titular de la revista".

QUINTO: A la vista de los hechos expuestos, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones para su esclarecimiento, al amparo de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del. Así, con fecha 17/12/19 y 14/04/20, se dirigen sendos requerimientos a DERDIX 5000 SL.

SEXTO: Con fecha 12/06/20, la entidad DERDIX 5000 SL., presenta escrito de alegaciones en esta Agencia, en el cual, entre otras, indica:

"1. La fotografía a la que se refiere el requerimiento fue efectivamente publicada en el nº *****NÚMERO.1** de la Revista *****REVISTA.1**", como indica el requerimiento. *****REVISTA.1** es la única publicación periódica semanal que edita DERDIX 5000 S.L. Se distribuye solamente en formato impreso (no se comercializa a través de internet), y se encuadra por su temática principal en el sector de la llamada "prensa del corazón". Cuenta, además, con otras secciones sobre materias variadas, de carácter complementario. Una de tales secciones complementarias es "Más Ocio", incluida en cada número de la revista, y que versa sobre actividades culturales, deportivas y/o lúdicas a realizar en el tiempo libre.

Es en dicha sección "Mas ocio", dentro del nº *****NÚMERO.1** de la revista, págs. *****PÁGINA.1**, en la que se publicó la fotografía a la que se refiere el requerimiento que contengo; sección que estuvo dedicada, dada su publicación en la semana del *****FECHA.1**, a actividades típicamente veraniegas, mayoritariamente al aire libre, en las que podían participar conjuntamente padres e hijos durante las vacaciones estivales, y que se consideraron, por ello, entonces, de evidente interés informativo y de más que manifiesta actualidad en aquel momento.

Todos los precedentemente enumerados son contenidos editoriales ordinarios, de estricta finalidad informativa y no publicitaria, hasta el extremo que la sociedad que represento no ha percibido, por la publicación de ninguno de ellos, ni un solo céntimo de Euro; en particular, por la de la información sobre la actividad Escuela de *****ACTIVIDAD.1** ofertada por la casa rural El Encanto del Valle de Lozoya. No existe ningún

contrato de encargo ni de difusión, como el que se solicita su exhibición en el requerimiento.

*Todos los contenidos editoriales citados se elaboraron a partir de informaciones previamente publicadas por terceros en internet y redes sociales, sin restricción ninguna de acceso. En lo que concierne a la fotografía a la que se refiere el requerimiento de información, la misma estaba públicamente accesible en la dirección de internet *****URL.1** cuya captura de pantalla, efectuada entre los días *****FECHA.2**, acompaño a este escrito, como doc. nº 3.*

Si se observa con un mínimo de atención dicha fotografía, se percibe que la misma no ha sido tomada en un momento espontáneo de descanso de dos niñas que estaban participando en la actividad, que hubieran sido captadas por el fotógrafo inadvertidamente por parte de ellas y de sus familias. Muy al contrario, se trata de una fotografía realizada con el evidente propósito de difundir la oferta de dicha actividad, como lo revelan inequívocamente, y sin perjuicio de otros extremos –que se acreditarán en el futuro, de llegar a ser necesarios- los siguientes:

En suma, dicho en lenguaje periodístico, no se trata de una imagen “robada” sino de un auténtico “posado” realizado para la web de una actividad de servicios, que resulta impensable que se haya realizado sin el consentimiento de los titulares de la patria potestad, y del que, por su evidente originalidad, se hizo eco en su día el medio de comunicación al que represento. Máxime si se tiene en cuenta que otras imágenes de las mismas niñas han sido difundidas en internet y redes sociales, como acredito con las impresiones de los sitios que adjunto, agrupadas, como doc. nº 4”.

SÉPTIMO: Con fecha 11/08/20, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad reclamada, en virtud de los poderes establecidos, por incumplir lo estipulado en el artículo 6.1 del RGPD, sancionable conforme a lo dispuesto en el art. 83 del citado RGPD, con una sanción inicial de 2.000 euros.

OCTAVO: Notificado el acuerdo de inicio, la entidad reclamada, no ha presentado ningún escrito de alegaciones en esta Agencia, en el periodo de tiempo concedido al efecto.

HECHOS PROBADOS

1º.- Se denuncia la publicación, en la revista “*****REVISTA.1**”, de una fotografía con dos niñas, menores de edad acompañando la noticia de una actividad de ocio juvenil ofrecida en el Valle del Lozoya (Madrid), sin el consentimiento expreso de sus padres.

2º.- La entidad SIERRA MOLERO S.L., responsable de la actividad de entretenimiento infantil ofrecida en la publicación denunciada, manifiesta que, una de las reclamantes trabajó con anterioridad durante un tiempo en su entidad promocionando esta actividad, razón por la cual aparecían en esa foto su hija junto a una amiga de ésta, publicada en la web de la entidad, bajo el consentimiento de ambos padres, pero desconocían la publicación de la actividad en la revista denunciada. No obstante, afirman por otra parte que, las propias reclamantes hacen uso público, en las redes sociales, de esa misma fotografía, promocionando la misma actividad de ocio, en su

nuevo trabajo y localización (Aravaca- Madrid) y finalizan indicando que, no pudiendo determinar si la fotografía de las niñas fue tomada de su sitio web o de las redes sociales, para evitar futuros mal entendidos, han eliminado la fotografía de su propia página web.

3º.- Por su parte, la editora de la revista que publicó la foto, DERDIX 5000, S.L., manifiesta que, efectivamente se publicó el anuncio referido en la reclamación en la sección, “Más Ocio”, pero alegan que, todos los contenidos de esta sección se elaboran a partir de informaciones previamente publicadas por terceros en internet y redes sociales, sin restricción ninguna de acceso, como es el caso de la fotografía denunciada, que estuvo publicada en el sitio web *****URL.1**, de donde la obtuvieron. Además, indican que, la fotografía ha sido difundida públicamente en más sitios, en internet y redes sociales.

4º.- Se comprueba, por parte de esta Agencia que, actualmente la imagen reclamada está publicada ampliamente en internet de forma pública, a través del resultado obtenido en el buscador de imágenes “*****BUSCADOR.1**”.

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 art. 58.2 del RGPD en el art. 47 de LOPDGDD.

II

La valoración conjunta de la prueba documental obrante en el procedimiento trae a conocimiento de la AEPD, una visión de la actuación denunciada que ha quedado reflejada en los hechos declarados probados arriba relatados.

El tratamiento de los datos personales, como pueden ser en este caso, las imágenes de personas tomadas en fotografías, sólo será lícito si se cumple al menos una de las condiciones marcadas en el artículo 6.1 del RGPD: “a) *el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos*; b) *el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales*; c) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento*; d) *el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física*; e) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento*; f) *el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones*”.

Por otra parte, aunque en la denuncia se indique que, las imágenes utilizadas, sin el consentimiento preceptivo de los padres, son de dos niñas menores de edad, no se especifica en la misma, su edad real, pero podemos recordar aquí, que el artículo 7 de

la LOPDGDD establece, sobre el consentimiento de los menores, que: *“1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”.*

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, a la hora de realizar un tratamiento de datos personales, como en este caso, la publicación de imágenes de personas tomadas en fotografía que no han sido facilitadas por ellos mismos o por sus padres si fueran menores de 14 años, se debe aplicar lo estipulado en el artículo 6 del RGPD.

Por tanto, la publicación de las imágenes, en la revista **“***REVISTA.1”**, por la entidad DERDIX 5000 S.L., aunque hubieran sido obtenidas de publicaciones previamente publicadas por terceros en internet y redes sociales, sin restricción alguna a su acceso, deben ser tratadas, observando lo estipulado en el artículo 6.1 del RGPD, sobre consentimiento de los interesados.

A la vista de lo expuesto se procede a emitir la siguiente:

RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a la entidad DERDIX 5000 SL, con CIF.: B66773599, una sanción de 2.000 euros (dos mil euros), por infracción del artículo 6 del RGPD

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad DERDIX 5000 SL, e INFORMAR al reclamante sobre el resultado de la reclamación.

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida **nº ES00 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido 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.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la LPACAP, 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 13/07, 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.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronicaweb/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos