

SEGUNDO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de las funciones asignadas a las autoridades de control en el artículo 57.1 y de los poderes otorgados en el artículo 58.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la LOPDGDD, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Tras verificar la documentación aportada por la Guardia Civil, queda constatado que la fotografía del perfil de Instagram se corresponde con la fotografía del DNI aportado.

No obstante, esta acreditación se ha realizado comparando la captura de pantalla de Instagram adjuntada en la denuncia con el DNI también adjuntado en esta, ya que a fecha 14 de julio de 2022 el perfil de Instagram denunciado había sido eliminado.

En fecha 14 de julio de 2022 se decide realizar requerimiento de información a META PLATFORMS IRELAND LIMITED, responsable de tratamiento del portal Instagram, marcado por la siguiente línea de investigación:

- Informar de la denuncia recibida en relación con la creación de un perfil de la red social que hacía uso de la fotografía de un menor de edad que nada tenía que ver con este.
- Solicitar la fecha, hora y dirección IP desde la que fue creado el perfil.
- Solicitar los datos identificativos y de contacto del creador de dicho perfil.

En fecha 8 de agosto de 2022, se recibe respuesta al requerimiento anterior informándonos de que había un error en el nombre del perfil de Instagram que se había proporcionado y del cual se solicitaba la información, instándonos para proceder a su aclaración y corrección.

En fecha 29 de agosto de 2022 se realiza nuevo requerimiento de información al responsable META PLATFORMS IRELAND LIMITED con la corrección solicitada en la respuesta anterior, volviendo a solicitar la siguiente información:

- Fecha, hora y dirección IP desde la que fue creado el perfil.
- Datos identificativos y de contacto del creador del perfil.

En fecha 23 de septiembre de 2022, se recibe respuesta al requerimiento de información anterior, de su análisis se extrae:

- (...)
- (...)
- (...)



o (...)

o (...)

En fecha 26 de septiembre de 2022 queda constatado por el presente inspector que las direcciones IP aportadas por META PLATFORMS IRELAND LIMITED corresponden al operador DIGI SPAIN TELECOM SL, dejando constancia de este hallazgo a través de la correspondiente diligencia.

En fecha 26 de septiembre de 2022 se realiza nuevo requerimiento de información a DIGI SPAIN TELECOM S.L marcado por la siguiente línea de investigación:

- (...)

- (...)

En fecha 5 de octubre de 2022, se recibe respuesta al requerimiento anterior aportando lo siguiente:

- (...)

o (...)

o (...)

o (...)

TERCERO: Con fecha 21 de diciembre de 2022, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la parte denunciada, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), el padre de la parte denunciada presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba que la infracción se cometió por un menor conocedor que no tenía intención, ni conocimiento de provocar un daño. No se generó daño alguno. La infracción no tuvo repercusión social. La infracción solamente duró unas horas.

QUINTO: Con fecha 13 de febrero de 2023, el instructor del procedimiento acordó practicar las siguientes pruebas:

Se dan por reproducidos a efectos probatorios la reclamación interpuesta por **B.B.B.** y su documentación, los documentos obtenidos y generados durante la fase de admisión a trámite de la reclamación, y el informe de actuaciones previas de investigación que forman parte del procedimiento AI/00242/2022.

Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador referenciado, presentadas por **A.A.A.**, y la documentación que a ellas acompaña.

SEXTO: Con fecha 27 de febrero de 2023 se formuló propuesta de resolución, proponiendo que la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos sancione a **A.A.A.**, con NIF *****NIF.1**, por una infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD, con una multa de 10.000 € (diez mil euros).

SEPTIMO: Con fecha 23 de marzo de 2023, se presentan alegaciones a la propuesta de resolución por parte del denunciado, reiterando sus manifestaciones relativas al acuerdo de inicio donde expresa que el perfil en la plataforma instagram, fue creado por su hijo menor de edad, **D.D.D.**, a través del correo electrónico *****EMAIL.1**, el cual pertenece a su hijo menor, el cual tenía también 13 años de edad como el afectado en el momento en que sucedieron los hechos.

Asimismo, se reitera que el menor no tenía intención, ni conocimiento de provocar un daño, y manifestando que no se generó daño alguno ya que la infracción no tuvo repercusión social, porque la infracción solamente duró unas horas.

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Se ha utilizado por parte de un menor de edad, la fotografía de un menor de edad de 13 años para crear un perfil

Dicho perfil fue creado el 04 de febrero de 2022 a las 22:39 hora española (20:39 hora UTC), y estuvo disponible hasta el 22 de abril de 2022.

SEGUNDO: El padre de la parte denunciada, es titular de la IP, y considera que fue una broma entre niños que no ha generado daño alguno ni repercusión social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De acuerdo con lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: "Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se registrarán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."

II

En relación con la licitud del tratamiento de datos de carácter personal, el artículo 6 del RGPD, establece lo siguiente:

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- 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 el interesado 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.”

III

En virtud de lo establecido en el artículo 58.2 del RGPD, la Agencia Española de Protección de Datos, en cuanto autoridad de control, dispone de un conjunto de poderes correctivos en el caso de que concurra una infracción a los preceptos del RGPD.

El artículo 58.2 del RGPD dispone lo siguiente:

“2 Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:

(...)

“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 artículo 83.5.a) del RGPD establece que:

“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o,

tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9;"

A su vez, el artículo 72.1 b) de la LOPDGDD, bajo la rúbrica "Infracciones consideradas muy graves dispone:

"Se consideran muy graves y prescribirán a los 3 años las restantes infracciones que supongan la vulneración sustancial de los artículos mencionados en el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 y, en particular las siguientes:

b) El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679."

IV

En este supuesto, se pone de manifiesto una reclamación interpuesta por una mujer ante la Guardia Civil, al conocer el 20 de abril de 2022 que un menor de edad había utilizado la imagen de su hijo, un menor de 13 años para la creación de un perfil falso en Instagram.

Las actuaciones de investigación realizadas por esta Agencia han permitido constatar que el perfil denunciado utilizaba como perfil la fotografía del menor de edad objeto de esta reclamación, fue creado el 04 de febrero de 2022 a las 22:39 hora española (20:39 hora UTC), y estuvo disponible como mínimo hasta el 22 de abril de 2022.

Tanto la creación del perfil como el posterior inicio de sesión se realizaron desde dos direcciones IP asignadas por el operador al padre del menor que creó el perfil falso, cuyos datos personales son:

- **NOMBRE Y APELLIDOS: A.A.A.**
- **DNI: ***NIF.1**
- **DOMICILIO: ***DIRECCIÓN.1**

En sus alegaciones el padre del menor que utilizó la foto de otro menor como perfil de Instagram, reconoce los hechos, y se limita a manifestar que la infracción solamente duró unas horas.

En relación con el uso del contenido fotográfico, procede mencionar la STS 363/2017, de 15 de febrero, en la que se indica lo siguiente:

"... que, en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya "subido" una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes de un perfil público en una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que estos terceros puedan tener acceso al

contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de esa cuenta en un medio de comunicación.

[...] El consentimiento del titular de la imagen para que le público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta”.

Ha de tenerse en cuenta además que de conformidad con el artículo 1903 del código civil, que dispone que: *“Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda...”*, la parte denunciada resulta responsable de la actuación de su hijo menor que se encontraba sometido a la patria potestad de sus progenitores en la fecha de los hechos, pues quien ostenta la patria potestad tiene la obligación de vigilar lo que hacen sus hijos menores y responden del incumplimiento o del cumplimiento deficiente de este deber, como afirma el TS en su sentencia de 4 de mayo de 1.984 que declaró:

“Dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgo, es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes los crean, y en este sentido el padre o cuidador de un menor responde de los daños que éste cause a terceros, pues con su falta de cuidado creó el riesgo de una conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real y debe, por ello, resarcirlo, a menos que pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la Ley, lo que no ocurrió en el caso debatido.”

En este caso tampoco consta que la parte denunciada, padre del menor que colgó la fotografía de otro menor, haya cumplido con su deber de diligencia por lo que resulta patente su responsabilidad.

En este orden de ideas ha de precisarse que el menor causante de los hechos tenía 13 años cuando éstos se produjeron, por lo que no resulta de aplicación la previsión del artículo 52.4 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que dispone que *“Las personas mayores de catorce años podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa de acuerdo con la normativa sobre protección de datos personales”*, por tanto el reclamado resulta responsable de la infracción, pues como titular de la patria potestad debe cumplir con el deber de cuidado y vigilancia de su hijo, que incluye, por lo que aquí interesa, la vigilancia en el uso que se da a los elementos tecnológicos.

Por lo tanto, esta Agencia, tras haber constatado que el hijo menor de la parte denunciada ha utilizado la fotografía de un tercero para crear un perfil falso en Instagram, sin contar con su consentimiento, ha de indicarse que de conformidad con la argumentación jurídica señalada en los fundamentos de derecho anteriores, se ha llevado a cabo un tratamiento de datos sin legitimación, pues no se ha acreditado por la parte denunciada lo contrario, y por lo tanto se considera que la parte denunciada ha podido incurrir en una infracción del artículo 6 del RGPD.

A fin de determinar la multa administrativa a imponer se han de observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:



“Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.”

“Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:

- a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;*
- b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;*
- c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;*
- d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;*
- e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;*
- f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;*
- g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;*
- h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;*
- i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;*
- j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y*
- k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”*

Respecto al apartado k) del artículo 83.2 del RGPD, la LOPDGDD, artículo 76, “Sanciones y medidas correctivas”, dispone:

“2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.*
- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*

d) *La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.*

e) *La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.*

f) *La afectación a los derechos de los menores.*

g) *Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.*

h) *El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado.”*

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de la sanción de multa a imponer en el presente caso a la parte denunciada como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD, se estiman concurrentes los siguientes factores agravantes:

- o Gravedad de los hechos, ya que la imagen se utiliza en un perfil con imágenes de contenido sexual.
- o Tipo de datos tratados, ya que afectan a un menor.
- o Intencionalidad en la actuación.

Procede graduar la sanción a imponer a la parte denunciada y fijarla en la cuantía de 10.000 € de conformidad con el artículo 58.2 del RGPD.

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada,

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

PRIMERO: IMPONER a **A.A.A.**, con NIF *****NIF.1**, por una infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD, una multa de 10.000 € (diez mil euros)

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **A.A.A.**.

TERCERO: Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 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, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº **IBAN: ES00-0000-0000-0000-0000-0000 (BIC/Código SWIFT: CAIXESBBXXX)**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A.. 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 en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 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 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 de la referida Ley.

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-electronica-web/>], 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.

938-181022

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos