

Procedimiento N°: A/00057/2017

RESOLUCIÓN: R/01307/2017

En el procedimiento A/00057/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Doña **A.A.A.** (LANDA FOTOGRAFIA, ORLAS LANDA), vista la denuncia presentada por Doña **B.B.B.**, Don **C.C.C.**, Don **D.D.D.**, Don **E.E.E.**, Don **F.F.F.**, Don **G.G.G.**, y Don **H.H.H.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 6 de julio de 2016, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **B.B.B.**, Don **C.C.C.**, Don **D.D.D.**, Don **E.E.E.**, Don **F.F.F.**, Don **G.G.G.**, y Don **H.H.H.** (denunciantes), todos ellos profesores en la Facultad de Ciencia y Tecnología de la Universidad del País Vasco en el que exponen que LANDA FOTOGRAFIA, ORLAS LANDA (denunciado) incluyó su imagen, sin haber dado su consentimiento para ello, en la orla de la promoción de Grado de Ingeniería Química del curso 2015/2016, aprovechando fotografías que tenía archivadas de años anteriores.

Como no estaban conformes con esta utilización de su imagen, solicitaron a Landa Fotografía que fueran eliminadas de la orla por medio de correos electrónicos (que se adjuntan), sin haber obtenido respuesta por parte de la empresa denunciada.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia (Informe E/03947/2016) se tiene conocimiento de los siguientes extremos:

“(…)

*Con fechas 18 de noviembre y 27 de diciembre de 2016, se reciben escritos de Doña **A.A.A.** (LANDA FOTOGRAFIAS), en los que comunica que:*

La confección de la orla se realizó por petición de los alumnos de la facultad de ciencias, especialidad de ingeniería química. Tanto los alumnos como profesores pasaron a fotografiarse en la facultad donde los alumnos solicitaron un aula, siendo conocido por todos el destino de las fotografías, siendo únicamente utilizadas para la realización de la orla.

*Se adjuntan diferentes correos electrónicos remitidos por alumnos de la facultad desde la dirección *****EMAIL.1**, en los que se solicita la confección de la orla y el listado de profesores que deben aparecer en ella.*

Cuando realizaron las fotografías todos cumplimentaron una ficha en la que no consta fecha de expiración, ya que han sido eliminados todos los archivos.

El profesorado que se adjuntó en la fotografía de la orla, fue el elegido por el

alumnado, según consta en los correos, con indicación de que sean avisados; ellos no deciden ni avisan a los profesores.

Todos los datos de los profesores que lo han solicitados han sido eliminados del fichero.”

TERCERO: Con fecha 10 de marzo 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/00057/2017. Dicho acuerdo fue remitido al denunciado.

CUARTO: Con fecha 27 de marzo de 2017, el Servicio de Correos notificó que los intentos de entrega del Acuerdo de audiencia previa al Apercibimiento habían resultado infructuosos.

Con fecha 11 de abril de 2017, se publicó en el BOE número 86 el anuncio de Notificación, sin que se hayan recibido alegaciones.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Siete profesores de la Facultad de Ciencia y Tecnología de la Universidad del País Vasco denunciaron que LANDA FOTOGRAFIA, ORLAS LANDA, había incluido su imagen, sin haber dado su consentimiento para ello, en la orla de la promoción de Grado de Ingeniería Química del curso 2015/2016, aprovechando fotografías que tenía archivadas de años anteriores.

Como no estaban conformes con esta utilización de su imagen, solicitaron a Landa Fotografía que fueran eliminadas de la orla por medio de correos electrónicos (que se adjuntan), sin haber obtenido respuesta por parte de la empresa denunciada.

SEGUNDO: Los denunciantes, solicitaron a Landa Fotografía que fueran eliminadas sus imágenes de la orla, por medio de correos electrónicos, sin haber obtenido respuesta por parte de la empresa denunciada.

TERCERO: Landa Fotografías indicó que la confección de la orla se realizó por petición de los alumnos de la facultad de ciencias, especialidad de ingeniería química. Tanto los alumnos como profesores pasaron a fotografiarse en la facultad donde los alumnos solicitaron un aula, siendo conocido por todos el destino de las fotografías, siendo únicamente utilizadas para la realización de la orla.

CUARTO: Landa Fotografías no aportó los consentimientos de alumnos y profesores para la publicación de sus fotografías en la Orla, ya que han sido eliminados todos los archivos. Indica Landa Fotografías que todos los datos de los profesores que lo han solicitados han sido eliminados del fichero.

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”*, la fotografía objeto del presente procedimiento se ajustará a este concepto siempre que permita la identificación de la persona que aparece en dicha 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”.

Este concepto de dato personal no puede ser más amplio. Por otra parte, la aplicabilidad de la normativa de protección de datos de carácter personal, de acuerdo con lo indicado en 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 mera captación de imágenes de las personas o su incorporación a una Orla puede considerarse un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, debiendo analizarse en cada caso si este tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Así, en el presente supuesto, considerando que las fotografías publicadas de los denunciantes permiten su identificación, debe concluirse la existencia de datos de carácter personal y la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestas en la normativa de protección de datos de carácter personal.

III

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. A este respecto, la Audiencia Nacional, señaló lo siguiente: *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”.*

En el presente caso, consta acreditado que la entidad Landa Fotografías, Orlas Landa, es responsable de publicación en la Orla de la promoción de Grado de Ingeniería Química, del curso 2015/2016, de las fotografías de los denunciantes.

La entidad Landa Fotografías, Orlas Landa, no ha acreditado que los denunciantes hubiesen consentido con anterioridad dicho tratamiento de datos personales; si bien, indica que contaban con el consentimiento.

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.

IV

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 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.”

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza a la entidad denunciada es una infracción “grave”; que la denunciada no ha sido sancionada o apercibida por este organismo en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.5 de la LOPD. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD no acuerde 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 cuyo objeto 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 que examinamos, cuando la entidad denunciada tuvo conocimiento de que los denunciantes no consentían en que su imagen apareciese en las orlas, realizaron todas las actuaciones necesarias para cancelar las imágenes. En el futuro, antes de proceder a la publicación de la imagen de sus clientes deben cerciorarse de que cuentan con su consentimiento inequívoco.

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, al borrar las fotografías de los denunciantes.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00057/2017** seguido contra Doña **A.A.A.** (Landa Fotografías, Orlas Landa), 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.- 3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Doña **A.A.A.** (Landa Fotografías, Orlas Landa).

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