



Procedimiento N°: A/00102/2013

RESOLUCIÓN: R/01988/2013

En el procedimiento A/00102/2013, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **A.A.A. (SA FABRICA)**, vista la denuncia presentada por Doña **B.B.B.** (representada por su madre, **Doña C.C.C.**) y en virtud de los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 17/10/2012, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Doña **C.C.C.** (en lo sucesivo la denunciante) el que declara que, en abril de 2011, acudió con su hija, menor de edad en aquel momento, al estudio fotográfico "La Fábrica de Fotos", de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciado), para realizar fotos para un "book" privado a su hija, una de las cuales fue utilizada sin su consentimiento por el mencionado estudio fotográfico en un anuncio insertado por el mismo en un mapa comercial de Menorca. Añade que solicitaron la retirada de la foto, sin resultado.

Por la Inspección de Datos se solicitó confirmación de la denuncia por la menor de edad, recibiendo escrito con fecha 14/12/2012, en el que Dña. **B.B.B.** ratifica la denuncia y aporta copia de su pasaporte, en el que figura su fecha de nacimiento el 20/10/1994, por lo que tenía 16 años en el momento de la sesión fotográfica.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase previa, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se realizaron las siguientes actuaciones:

1. Se localizó al denunciado en el número de teléfono que figura en la publicidad que da lugar a la denuncia, que ofreció toda su colaboración a la Agencia.
2. En respuesta al requerimiento de la Inspección, el denunciado manifestó lo siguiente:

"El estudio fotográfico referido y con nombre comercial "LA FABRICA", se trata de actividad llevada a cabo por un autónomo y persona física, que es quien suscribe el presente. Dicha actividad comercial, dadas las pérdidas económicas que se producían constantemente fue objeto de cierre total, por no poder soportarlas.

Realizado el trabajo acordado y encomendado por... (la afectada), y transcurrido un tiempo desde aquella sesión, se interesó de la propia modelo si se podía utilizar alguna de las fotografías tomadas en la realización del book realizadas para publicitar el propio estudio fotográfico en un Mapa de Menorca publicitario, obteniendo sin problema alguno su consentimiento.

No existe documento escrito alguno que confirme tal consentimiento, tan sólo la corroboración de los hechos relatados, de dos testigos: la peluquera y la persona que facilitó el vestuario para la realización de la sesión fotográfica. Dichos testigos no tendrán problema en realizar una declaración jurada sobre tal extremo.

La sesión fotográfica se llevó a cabo a finales del año 2010 y la publicación en el Mapa de Menorca en que aparecía la imagen denunciada, es del mes de junio de

2011.

Lamentablemente, y al ser la modelo denunciante hija de la pareja de un amigo y hallándose presente la madre de la modelo, ni se me ocurrió requerirla para que firmara el consentimiento necesario. La ingrata sorpresa surgió cuando recibí una demanda por vía civil requiriendo una indemnización por el uso de una de las fotografías del book. Obviamente sabía la parte demandante que pretendía con la interposición de la demanda, una cantidad en concepto de indemnización que no se ajustaba a la realidad, pactándose por ello extrajudicialmente en el importe que se le entregó a finales del pasado año de 2.600,00 €."

TERCERO: Con fecha 29 de mayo de 2013, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00102/2013. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 18 de junio de 2012, el denunciado presenta escrito de alegaciones en el que reitera las manifestaciones efectuadas con anterioridad, insistiendo en que debido a la relación de confianza con la madre de la modelo, así como con la propia modelo, publicó su foto contando con el consentimiento verbal de ambas. Para acreditar la veracidad de lo explicado, esto es que contaba con el consentimiento verbal para publicar la fotografía, propone la testifical de cuatro personas.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Doña **B.B.B.** acudió al estudio fotográfico denominado "La Fábrica de Fotos", cuyo responsable es Don **A.A.A.** para realizar fotos para un "book" privado.

SEGUNDO: Una de las fotografías fue utilizada por el mencionado estudio fotográfico en un anuncio insertado por el mismo en un mapa comercial de Menorca.

TERCERO: Doña **B.B.B.** era menor de edad cuando se elaboró el book, acudiendo acompañada por su madre, Doña **C.C.C.**

CUARTO: Don **A.A.A.** no ha acreditado el consentimiento inequívoco de la madre de la menor, ni de la menor, para la publicación de su foto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director 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 4.2 de la LOPD indica:

“Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.”

El principio de calidad que prohíbe utilizar datos para una finalidad incompatible o distinta de aquella para la que los mismos fueron recabados, se contiene en el Título II de la LOPD, como uno de los principios básicos de la protección de datos.

Las “finalidades” a las que alude este apartado 2 han de ligarse o conectarse siempre con el principio de pertinencia o limitación en la recogida de datos regulado en el artículo 4.1 de la misma Ley. Conforme a dicho precepto los datos sólo podrán tratarse cuando *“sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.”*

Esta prohibición viene muy ligada con el derecho de información establecido en el artículo 5 de la LOPD, que establece que el responsable de un fichero debe informar, en el momento de la recogida de los datos, de los extremos establecidos en el citado artículo. La información a la que se refiere el citado artículo debe suministrarse a los afectados previamente a la recogida de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 4 de la LOPD está muy relacionado con el consentimiento regulado en el artículo 6 de la Ley Orgánica mencionada, tal y como recoge el Tribunal Constitucional.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la importante vinculación entre el consentimiento, la finalidad para el tratamiento de los datos personales y la información, en los siguientes términos: *“el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aún cuando puedan ser compatibles con estos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites.*

De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le

impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia.”

De lo expuesto cabe concluir que la vigente LOPD ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

Asimismo, la citada Sentencia 292/2000, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que *“el contenido del derecho fundamental a la protección de datos 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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.*

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional 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. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele.”

En el supuesto examinado, no se ha acreditado por parte del Sr. **A.A.A.** que obtuviera el consentimiento de la madre de la menor para el tratamiento de sus datos con la finalidad de publicar su imagen en una revista.

III

El artículo 44.3.c) de la LOPD tipifica como infracción grave: *“Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”.*

En el caso que nos ocupa, el responsable del estudio fotográfico está habilitado para tratar los datos de sus clientes para las finalidades propias de la entidad.

A la vista de la argumentación expuesta, debe considerarse que la utilización, por parte del responsable de La Fábrica, de los datos de la hija de la denunciante (su imagen) con el fin de hacer publicidad de su estudio fotográfico, tal como se detalla en



los Hechos Probados, supone una desviación de la finalidad en el tratamiento de los datos del denunciante, que implica la vulneración del artículo 4.2 de la LOPD. Debió tener acreditado el consentimiento inequívoco para tal publicación, sin que pueda sustituirse dicho consentimiento por lo que otras personas presentes en el momento de tomar las fotografías hayan supuesto.

IV

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 LOPD, en lugar del existente hasta su entrada en vigor, 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 concurran 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”.

A este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, que establece lo siguiente:

“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”.*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de Sr. **A.A.A.** por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, la no vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y su volumen de negocio o actividad. Asimismo, se considera determinante para la aplicación de lo previsto en el artículo 45.6 de la LOPD la falta de intencionalidad que se aprecia en el fotógrafo al entender que contaba con el consentimiento para publicar la foto objeto de la denuncia.

Ha de añadirse el hecho de que se trata de una actuación puntual. En consecuencia, no resulta necesario formular requerimiento alguno de adopción de medidas. Si es necesario insistir en que si procede a la utilización de las imágenes obtenidas en su profesión de fotógrafo para una finalidad publicitaria debe obtener el consentimiento inequívoco del afectado.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00286/2012) a Don A.A.A. (SA FABRICA), 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 infracción del artículo 4.2 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de la citada Ley Orgánica, en su redacción vigente en el momento en que se cometió la infracción, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia **al Director de la Agencia Española de Protección de Datos.**

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 el Director 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.

2.- Debido a la naturaleza de la infracción no se insta por parte de la Agencia la adopción de una concreta medida correctora. No obstante, se solicita se comuniquen las que de forma autónoma decida, en su caso, adoptar.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **A.A.A. (SA FABRICA)**.

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **Doña B.B.B. y a Doña C.C.C..**

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos