



Procedimiento N°: A/00163/2013

RESOLUCIÓN: R/02523/2013

En el procedimiento A/00163/2013, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 19 de octubre de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.** representante de la entidad LABORATORIOS TADEL SL en el que declara que:

*“Un empleado de un grupo de empresas a la cual pertenece laboratorios Tadel, S.L llamado D. **A.A.A.**, ha sustraído archivos informáticos privados así como fotografías de nuestros clientes para su propia publicidad. [...]. Laboratorios Tadel, S.L. entre otras cosas se dedica a la elaboración y diseño de orlas universitarias en toda Galicia, con lo cual tiene un extenso archivo fotográfico tanto de alumnos como de profesores que ha ido conservando y digitalizando a través de los años.*

*Este señor, **A.A.A.**, hace cuatro meses que no trabaja con nosotros, ha decidido publicitar por su cuenta la realización de orlas, (está en todo su derecho) pero cuál fue nuestra sorpresa cuando en su folleto publicitario, en la portada y contraportada hay unas fotos que pertenecen a un estudio fotográfico ubicado en Madrid (estudio Cum Laude), en el interior del folleto publicitario, pone de muestra una orla realizada por él pero con fotografías de nuestro archivo de profesores y alumnos de diferentes carreras universitarias, nombrando en el mismo la Ley de Protección de Datos y diciendo que tiene permiso de las personas que en él aparecen, lo cual es mentira porque los archivos son de laboratorios Tadel, S.L. todo esto ha sido puesto en conocimiento de la policía nacional.”*

SEGUNDO: El denunciante adjunta el folleto publicitario de **A.A.A.**, así como algunas orlas de su entidad, LABORATORIOS TADEL, S.L. verificándose que coinciden muchas de las fotografías contenidas en la orla publicitaria con las de las orlas aportadas por el denunciante, si bien estas se encuentran mezcladas, habiéndose realizado una composición en la orla publicitaria. Se verifica que los nombres de los alumnos se encuentran cambiados, no ocurriendo lo mismo con los nombres de los profesores, que se han mantenido, coincidiendo con sus nombres reales de las orlas originales de Laboratorios Tadel SL. Además, se ha verificado, mediante búsquedas realizadas por Internet, que dos de los nombres de los profesores se corresponden con sus fotografías.

En el pie de la orla de la publicidad denunciada se menciona *“Infinidad de modelos, no se pueden enseñar ya que la ley de protección de datos no deja enseñar los modelos de*

Orlas ya que solo son para cada persona y la Orla expuesta en la Facultad determinada. Muestra no real con permiso de la gente y los nombres cambiados”

Se ha requerido al denunciado para que aporte acreditación documental del consentimiento, otorgado por las personas que aparecen en la orla expuesta en su publicidad profesional, para la utilización de sus datos (la fotografía en el caso de los alumnos así como el nombre, apellidos y fotografía en el caso de los profesores, ya que en este caso se ha verificado que el nombre corresponde a la persona fotografiada).

Ante ello, el denunciado no ha aportado ninguna documentación acreditativa del consentimiento, realizando las siguientes manifestaciones:

...yo he reproducido las fotos de los alumnos y de los profesores, porque creí que era legal, ya que esta empresa me había mandado reproducir la orla de físicas del año pasado para coger un alumno y un profesor para meterla en la orla que estaba realizando ese año la empresa tadel, y luego la maquetarón con el resto de los alumnos y la vendieron. Y cuando estaba en la comisaría de Santiago ante mi abogado y ante el jefe de la brigada, le señale una foto que había colgada en la comisaría, y le dije a mi abogado que esa foto la había preparado y retocado yo en la empresa tadel, y en su tiempo mi exjefe me dijo que era legal ya que era una foto antigua, pero hablando del caso con el abogado en la comisaría, me dice que al ser reproducida de un libro tiene un ISBN o algo así, y no se puede vender. Por ello en su momento reconocí lo que había hecho, que fue reproducir las fotos de otras orlas y cambie los nombres para que no se conociera la gente, Y este folleto solo lo entregaba a los delegados de los alumnos. Y esta forma de crear publicidad también lo hace tadel y este año tengo amigos que habían acabado el año pasado y que les he preguntado y enseñado este escrito y no dieron consentimiento para que aparezca su orla ni fotos. Y con respecto a los profesores, no puedo hablar con los de medicina, porque no me dio tiempo solo hable con dos de los que aparecen en la orla y me dicen que me darían un papel firmado por ellos dando consentimiento porque les parece una tontería. Y de hecho con los profesores que he fotografiado hasta ahora alucinan, y encima me piden fotos y les comente que iba a dejarlas en el decanato para otros fotógrafos por si la necesitan para otras orlas ya que el problema que hay es que las empresas creen que es propiedad de ellos y no. Creo yo? ...”

El denunciante ha manifestado que la actividad la ejerce el solo sin empleados, y el volumen de trabajo en la actualidad es “de 3 orlas contratadas y una boda que se hará en septiembre”.

TERCERO: Con fecha 6 de septiembre 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/00163/2013. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 25 de septiembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia escrito de la persona denunciante, **D. B.B.B.** en el que pone de manifiesto que **D. A.A.A.** ha utilizado archivos sustraídos a la empresa no solo para realizar publicidad de su trabajo, sino que ha estado realizando orlas con las fotos de los profesores que ha sustraído a **LABORATORIOS TADEL S.L.** Asimismo, manifiesta que, según el denunciado, las fotos que incluye en sus orlas las ha cogido de diferentes orlas ya expuestas, e incluso, manifiesta que parece ser que el denunciado manifiesta que las fotografías son propiedad de los profesores, lo cual manifiesta el denunciante que es falso, porque ellos



si comunican a los profesores que las fotografías son propiedad del LABORATORIO.

QUINTO: Transcurrido el plazo concedido a D. **A.A.A.** no consta que por parte del mismo, se hayan presentado alegaciones al acuerdo de audiencia previa al apercibimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Consta que fecha de 19 de octubre de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.** representante de la entidad **LABORATORIOS TADEL SL** en el que declara que:

*“Un ex empleado de un grupo de empresas a la cual pertenece **LABORATORIOS TADEL, S.L** llamado D. **A.A.A.**, ha sustraído archivos informáticos privados así como fotografías de nuestros clientes para su propia publicidad. [...]. Laboratorios Tadel, S.L. entre otras cosas se dedica a la elaboración y diseño de orlas universitarias en toda Galicia, con lo cual tiene un extenso archivo fotográfico tanto de alumnos como de profesores que ha ido conservando y digitalizando a través de los años.*

*Este señor, **A.A.A.**, hace cuatro meses que no trabaja con nosotros, ha decidido publicitar por su cuenta la realización de orlas, (está en todo su derecho) pero cuál fue nuestra sorpresa cuando en su folleto publicitario, en la portada y contraportada hay unas fotos que pertenecen a un estudio fotográfico ubicado en Madrid (estudio Cum Laude), en el interior del folleto publicitario, pone de muestra una orla realizada por él pero con fotografías de nuestro archivo de profesores y alumnos de diferentes carreras universitarias, nombrando en el mismo la Ley de Protección de Datos y diciendo que tiene permiso de las personas que en él aparecen, lo cual es mentira porque los archivos son de laboratorios Tadel, S.L. todo esto ha sido puesto en conocimiento de la policía nacional.”*

SEGUNDO: La persona responsable ha admitido haber reproducido las fotos de otras orlas cambiando los nombres, aunque según manifiesta el folleto solo lo entregaba a los delegados de alumnos.

TERCERO: El denunciado manifiesta poder contar con el consentimiento de las personas que ha incluido en las orlas para llevar a cabo publicidad de su trabajo, pero no lo ha acreditado.

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 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 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 aquella.

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. La Audiencia Nacional

en su sentencia de 08/03/2002, ha señalado que *para que exista dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados, tal y como se desprende del mencionado artículo 3 de la Ley, en sus apartados a) y f) y también del Considerando 26 de la invocada Directiva 95/46/CE que expresamente señala 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 dicha persona; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado*".

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 realización y exposición de imágenes de las personas 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 se trata de fotografías de profesores y alumnos que permiten su identificación, debe concluirse la existencia de datos de carácter personal y la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestos 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 comercial, 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, en sentencia de fecha 31/05/2006 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 **D. A.A.A.** ha estado utilizando las fotografías que la empresa a la que el denunciante **D. B.B.B.** representa, y que es la titular del fichero, para realizar orlas sin consentimiento.

En este caso, **D. A.A.A.** ha admitido que ha estado utilizando estas fotos, y que además no disponía del consentimiento para llevar a cabo dicho tratamiento de datos de carácter personal.

Por tanto, **D. A.A.A.** ha realizado un tratamiento de los datos personales de los afectados sin consentimiento, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD.

En consecuencia, por todo lo que antecede se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte de **D. A.A.A.**, que es responsable de dicha infracción.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD, con la redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, considera infracción grave:

“b) Tratar los datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.”

El principio cuya vulneración se imputa a **D. A.A.A.**, el del consentimiento, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional, entre otras, las de fechas 25/05/01 y 05/04/02. En este caso, **D. A.A.A.** ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el principio citado, consagrados en el artículo 6.1 de la LOPD, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

V

Con fecha 25 de septiembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia escrito de la persona denunciante, **D. B.B.B.** en el que pone de manifiesto que **D. A.A.A.** ha utilizado archivos sustraídos a la empresa no solo para realizar publicidad de su trabajo, sino que ha estado realizando orlas con las fotos de los profesores que ha sustraído a **LABORATORIOS TADEL S.L.** Asimismo, manifiesta que, según el denunciado, las fotos que incluye en sus orlas las ha cogido de diferentes orlas ya expuestas, e incluso, manifiesta que parece ser que el denunciado manifiesta que las fotografías son propiedad de los profesores, lo cual manifiesta el denunciante que es falso, porque ellos si comunican a los profesores que las fotografías son propiedad del LABORATORIO.

Con relación a la primera de estas cuestiones señalar que ya ha sido resuelta en el fundamento jurídico anterior.

No obstante, con relación al hecho de que se estén utilizando las fotografías de los profesores para la realización de orlas, se considera que no ha quedado suficientemente acreditado que las fotografías sean del laboratorio, y que los propios titulares del dato personal, no hayan prestado su consentimiento para figurar en las nuevas orlas.

VI

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 Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación 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 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”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00163/2013)

a **D. A.A.A.** 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, con relación a la denuncia por infracción del artículo **6** de la LOPD, tipificada como **grave** en el artículo **44.3.b)** de la citada Ley Orgánica.

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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **D. A.A.A.**

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **D. B.B.B.**

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