

Procedimiento N°: A/00174/2017

RESOLUCIÓN: R/03028/2017

En el procedimiento A/00174/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad D. **C.C.C.**, vista la denuncia presentada por D^a. **A.A.A.** y D. **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fechas de 31 de agosto de 2016 y 25 de octubre de 2016 tuvieron entrada en esta Agencia sendos escritos de D. **B.B.B.** y D^a. **A.A.A.** (en adelante los denunciantes o reclamantes) en los que declaraban que D. **D.D.D.**, con NIE **E.E.E.**, (en adelante el denunciado) fue contratado para fotografiar su boda en septiembre de 2012 y, sin su consentimiento, publicó fotografías de los denunciantes, familiares y amigos en su página web *****WEB.1** y *****WEB.2**, así como en numerosas webs y redes sociales:

*****WEB.2**

*****WEB.3**

*****WEB.4**

*****WEB.5**

*****WEB.6**

*****WEB.7**

*****WEB.8**

*****WEB.9**

*****WEB.10**

*****WEB.11**

*****WEB.12**

*****WEB.13**

Con fecha 9 de julio de 2015 se levantó Acta Notarial, a efectos de acreditar la presencia de imágenes de su boda en las citadas páginas web.

Manifestaban asimismo haberse dirigido al denunciado por teléfono solicitando la retirada de sus imágenes, aunque no se especifica la fecha.

Aportaban copia de los correos electrónicos en los que aceptan la contratación de los servicios del denunciado; indicándose el procedimiento para ejercitar “los derechos de rectificación, cancelación y oposición”.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de Datos de esta Agencia se realizó la investigación ante las entidades más abajo detalladas.

De esta manera, en el informe de actuaciones de investigación E/05466/2016 se detalla lo siguiente:

1.El denunciado es un trabajador individual responsable de la página web ***WEB.2. y ***WEB.1 su actividad se centra en la realización de reportajes fotográficos.

2.Aporta copia del presupuesto que se entregó a los novios y que consta como aceptado en los correos electrónicos que le enviaron posteriormente y en el pago de la señal para el reportaje.

Los derechos de uso de fotos por el denunciado, como fotógrafo, están expresamente detallados en el presupuesto junto con todos los otros términos contractuales etc.

El presupuesto especifica estos derechos en estas cláusulas:

Página 2

"Presupuesto para sesión fotográfica

Fecha presupuesto: 16.05.2012

Fecha y lugar sesión fotográfica: 01.09.12 Madrid Capital"

Página 5

"Este reportaje comprendería:

- Fotografías digitales que pueden ser tomadas en las casas o suites de los clientes, boda, evento social, fiesta, cena, bautizo, comunión etc. - número de fotos: 150

- Las fotos seleccionadas en alta resolución en el disco duro del cliente desde 12-22mp en JPEG aprox. 8-16 MB por foto que permitirían obtener copias en papel fotográfico por encima de 40x60cm+.

- Las fotos seleccionadas serán incluidas en una página Web con galería de fotos y diaporama para los invitados durante 3 meses después de la boda"

Página 21-22

☐ "Las fotos elegidas por el fotógrafo tanto digitales tanto fotos analógicas pueden ser incluidas en portafolio, pagina web, material y/o documentos publicitarios y/o de marketing y/o comerciales, artículos de prensa, documentales y noticias en los medios de comunicación, exposiciones, libros, participaciones en concursos fotográficos y publicaciones del fotógrafo y/o relacionado con el fotógrafo y/o incluyendo sus fotos y/u otro uso."

☐ "El fotógrafo puede vender fotos tomadas en la boda en archivos digitales jpeg y/o en copias en papel y/o en álbum digital / libro a personas que estaban presentes en el evento social / invitados que desean comprarlas después del evento. Un enlace para comprar fotos puede estar incluido en una página Web con galería de fotos y diaporama a personas que estaban presentes en el evento social / invitados. El fotógrafo puede enviar un enlace para ver las fotos del evento."

3.No se han publicado datos de los reclamantes ni sus invitados, tan solo imágenes captadas en la boda.

4.En relación a los tratamientos que se realizan con las imágenes de los afectados como elaboración de posters, camisetas, etc... y publicación en galerías de arte y regalos online, el denunciado manifiesta que ha revisado las páginas webs y/o enlaces de internet que todavía existen en mayo 2017 y no ha localizado que ningún tercero elabore pósteres ni camisetas con sus fotos en galerías de arte online o mis perfiles de mis fotos en tiendas de regalos online con imágenes reconocibles de los reclamantes ni en el listado de enlaces incluido en la reclamación (que los reclamantes han copiado de su antigua página web) ni en ningún otro sitio.

El denunciado manifiesta que habitualmente hace fotos artísticas de siluetas y manos utilizando cámaras analógicas que por tanto no tienen fecha ni sabe a qué boda pertenecen

Retirada voluntarias de las fotos

El denunciado que esta semana (mayo 2017) ha revisado todas las páginas webs y/o enlaces de internet mencionados por los reclamantes personalmente y exhaustivamente y varias veces para asegurar que no existen fotos de los reclamantes. También ha retirado cualquier foto que podría ser de los reclamantes donde no se reconoce la persona pero que la foto figura en la reclamación presentada.

5.En relación con las fotografías de los reclamantes que figuran en la web ***WEB.14 el denunciado manifiesta que ha analizado la dirección de web ***WEB.15 y el resto del ***WEB.16 y no ve ninguna foto de los reclamantes.

La página web ***WEB.14 me ayuda a publicitar sus fotos de boda. La página web es de una persona individual que es profesora de baile de primer baile de novios para bodas y me ayuda a mostrar mis fotos de bodas para los novios de las futuras bodas.

Incorporación de diaporama de mis fotos en flickr en ***WEB.16

A juicio del denunciado lo que ha ocurrido en el caso de esta ***WEB.16 es que la profesora de baile había incorporado la diaporama de mis fotos de boda de flickr en su web. Si mi foto está en flickr se puede coger el código para poner en una web.

Al eliminar las fotos de flickr se eliminan automáticamente las fotos de este diaporama en ***WEB.16 .

Flickr permite incorporar diaporamas de fotos en una web sin que sea necesario una cesión de dichas imágenes. Si las fotos están en flickr se puede compartir desde allí en formato de diaporama sin tener las fotos físicamente en el hosting de otro web en archivos de jpeg. Flickr es una red social de fotografías artísticas que permite compartir las fotos incluso en diaporamas.

No sólo ha revisado personalmente el enlace ***WEB.16 para asegurarme que no haya ninguna foto de los reclamantes sino que también ha hablado personalmente en mayo 2017 con la persona responsable de esta página web pidiéndola también revisar personalmente el contenido de su web para asegurar la mayor satisfacción de los reclamantes.

TERCERO: Con fecha 6 de junio 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/00174/2017. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Que la Inspección de Datos de esta Agencia ha constatado que a fecha 7 de noviembre de 2017 en los enlaces de direcciones de internet, recogidos en el acta notarial que aportaron los denunciantes ha aportado, no aparecen las fotos allí reproducidas, bien por no poder acceder a esos sitios web, por posible inactividad temporal o traslado definitivo a otra dirección, o bien porque la foto o el video buscados ya no existen.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fechas de 31 de agosto de 2016 y 25 de octubre de 2016 D. **B.B.B.** y D^a. **A.A.A.** manifestaron a esta Agencia Española de Protección de Datos que D. **D.D.D.**, con NIE **E.E.E.**, fue contratado para fotografiar su boda en septiembre de 2012 y, sin su consentimiento, publicó fotografías de los denunciantes, familiares y amigos en su página web *****WEB.1** y *****WEB.2**, así como en numerosas webs y redes sociales:

*****WEB.2**

*****WEB.3**

*****WEB.4**

*****WEB.5**

*****WEB.6**

*****WEB.7**

*****WEB.8**

*****WEB.9**

*****WEB.10**

*****WEB.11**

*****WEB.12**

*****WEB.13**

*****WEB.17**

SEGUNDO: Para acreditar estos hechos los denunciantes con fecha 9 de julio de 2015 instaron a que se levantara Acta Notarial de ello, a efectos de acreditar la presencia de imágenes de su boda en las citadas páginas web.

TERCERO: Que la Inspección de Datos de esta Agencia en fase de actuaciones previas de investigación constató que el denunciado es un trabajador individual responsable de la página web ****WEB.2* y *http://www.edwardolive.info/* su actividad se centra en la realización de reportajes fotográficos; aportando copia del presupuesto que se entregó a los novios y que consta como aceptado en los correos electrónicos que le enviaron posteriormente y en el pago de la señal para el reportaje y manifestando que no se habían publicado datos de los reclamantes ni sus invitados, tan solo imágenes captadas en la boda.

CUARTO: Que el denunciado manifestó a esta Agencia que en la primera semana de mayo 2017 había revisado todas las páginas webs y/o enlaces de internet mencionados por los reclamantes personalmente y exhaustivamente y varias veces para asegurar que no existían fotos de los denunciados. También que había retirado cualquier foto que podría ser de los reclamantes donde no se reconoce la persona pero que la foto figura en la reclamación presentada.

QUINTO: Que la Inspección de Datos de esta Agencia ha constatado que a fecha 7 de noviembre de 2017 en los enlaces de direcciones de internet, recogidos en el acta notarial que aportaron los denunciados ha aportado, no aparecen las fotos allí reproducidas, bien por no poder acceder a esos sitios web, por posible inactividad temporal o traslado definitivo a otra dirección, o bien porque la foto o el video buscados ya no existen.

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 6.1 de la LOPD señala que: *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”*.

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.

En el presente caso concreto, con fechas de 31 de agosto de 2016 y 25 de octubre de 2016 D. **B.B.B.** y D^a. **A.A.A.** manifestaron a esta Agencia que **D. D.D.D.** fue contratado para fotografiar su boda en septiembre de 2012 y, sin su consentimiento, publicó fotografías de los denunciantes, familiares y amigos en su página web *****WEB.1** y *****WEB.2**, así como en numerosas webs y redes sociales, detalladas en su denuncia, y que con fecha 9 de julio de 2015 se consignaron en un Acta Notarial, a efectos de acreditar la presencia de imágenes de su boda en las citadas páginas web.

Por su parte, la Inspección de Datos de esta Agencia en fase de actuaciones previas de investigación constató que el denunciado es un trabajador individual responsable de la página web *****WEB.2** y *****WEB.1** su actividad se centra en la realización de reportajes fotográficos; aportando copia del presupuesto que se entregó a los novios y que consta como aceptado en los correos electrónicos que le enviaron posteriormente y en el pago de la señal para el reportaje y manifestando que no se habían publicado datos de los reclamantes ni sus invitados, tan solo imágenes captadas en la boda.

El denunciado manifestó a esta Agencia que en la primera semana de mayo 2017 había revisado todas las páginas webs y/o enlaces de internet mencionados por los reclamantes personalmente y exhaustivamente y varias veces para asegurar que no existían fotos de los denunciantes. También que había retirado cualquier foto que podría ser de los reclamantes donde no se reconoce la persona pero que la foto figura en la reclamación presentada.

En efecto, como consta acreditado en el expediente, la Inspección de Datos de esta Agencia ha constatado que a fecha 7 de noviembre de 2017 en los enlaces de direcciones de internet, recogidos en el acta notarial que aportaron los denunciantes, no aparecen las fotos allí reproducidas, bien por no poder acceder a esos sitios web, por posible inactividad temporal o traslado definitivo a otra dirección, o bien porque la foto o el video buscados ya no existen.

En consecuencia, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: *"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".*

"Respecto al consentimiento – dice la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2009 - , es de interés reseñar que el apartado 1 del Art. 6 LOPD exige el

consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal. El adjetivo "inequívoco" que califica al consentimiento, significa según el Diccionario de la Real Academia Española "que no admite duda o equivocación" y, por contraposición, a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

La exigencia de que sea inequívoco está relacionada con la forma de prestar el consentimiento, pues el citado precepto no establece ni requiere que tenga que prestarse de forma determinada, ni de forma expresa o por escrito. Esta Sala viene considerando que no es necesario que dicho consentimiento se preste de forma expresa, con base a que no tendría sentido la exigencia de consentimiento expreso para el tratamiento de los datos especialmente protegidos a que se refiere el Art. 7 LOPD.

Ahora bien, el consentimiento, como ha dicho esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 20 de septiembre 2006, tiene que ser inequívoco por parte del titular de los datos pues es él y no un tercero quien tiene el poder de disposición y control sobre sus datos personales, aun cuando no se requiere que se produzca de forma expresa o por escrito pero sí debe reunir los requisitos previstos en el artículo 3h) y 6.1 de la LOPD".

El Grupo de Protección de Datos del Artículo 29, creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, como órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y derecho a la intimidad (Comité Europeo de Protección de Datos, de acuerdo con el considerando 139 y el artículo 68.1 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea), en su Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento adoptado el 13 de julio de 2011, dice en relación al asunto que estamos analizando que:

"Como se describe a continuación, este requisito obliga a los responsables del tratamiento a crear procedimientos rigurosos para que las personas den su consentimiento; se trata de, o bien buscar un claro consentimiento expreso o bien basarse en determinados tipos de procedimientos para que las personas manifiesten un claro consentimiento deducible. El responsable del tratamiento debe además asegurarse suficientemente de que la persona que da su consentimiento es efectivamente el interesado. Esto tiene especial importancia cuando el consentimiento se autoriza por teléfono o en línea.

La prueba del consentimiento plantea una cuestión relacionada con lo anterior. Los responsables del tratamiento que se basen en el consentimiento pueden desear o necesitar demostrar que el consentimiento se ha obtenido, por ejemplo, en el contexto de un litigio con el interesado. Efectivamente, en algunos casos se les podrá pedir que aporten estas pruebas en el marco de medidas ejecutivas. Como consecuencia de ello y como cuestión de buena práctica los responsables del tratamiento deben crear y conservar pruebas de que el consentimiento fue efectivamente dado, lo que significa que el consentimiento debería ser demostrable".

El citado Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 en su artículo 7.1) sintetiza, por su parte, en relación con el consentimiento del interesado que *"el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales".*

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por parte de la entidad imputada del consentimiento inequívoco de las personas denunciantes para el tratamiento de sus datos personales, y ante la ausencia de cobertura legal que

amparase dicho tratamiento sin consentimiento, se estima vulnerado por la entidad imputada el artículo 6.1 de la LOPD.

Abundando en este sentido, procede citar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de diciembre de 2001 en la que se declaraba que *“de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. (...) (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo.*

Es decir, (...) debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

Y reiterar que D. **D.D.D.** no ha aportado a esta Agencia documentación alguna que acredite el consentimiento inequívoco de los denunciantes para el tratamiento de sus datos personales efectuado.

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

Esta infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, que considera como tal: *“Tratar 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”,* pudiendo ser sancionada con multa de 40.001 € a 300.000 €.

III

Asimismo, los hechos expuestos vendrían a suponer además una infracción por parte de la entidad D. **D.D.D.** del artículo 10 de la LOPD, que señala que:

“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”

Infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la LOPD, que dice que: *“La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley”,* pudiendo ser sancionada, con multa de 40.001 euros a 300.000 euros, de acuerdo con lo establecido en artículo 45.2 de la LOPD.

IV

Por su parte, el apartado 6 al artículo 45 de la LOPD establece que:

“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”.

En el presente caso concreto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) de este apartado 6; pues no consta en esta Agencia a fecha 12 de mayo de 2017 ninguna sanción o apercibimiento en relación con el identificador **E.E.E.**

V

No obstante, debe analizarse en el presente caso la circunstancia de que el apercibimiento en el presente caso concreto no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por el denunciado, pues el mismo ha comunicado a esta Agencia (y tal como ha constatado la Inspección de Datos) que ha regularizado la situación irregular, sin que se pueda requerir una medida ya adoptada, que evite el envío de las comunicaciones comerciales por medios electrónicos, por todo ello procede el archivo de las presentes actuaciones.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencias de la Audiencia Nacional, 455/2011 de fecha 29 de noviembre de 2013 y 166/2013 de fecha 10 de junio de 2014, que señalan que la figura del apercibimiento tiene que llevar aparejada medidas concretas para el sujeto apercibido, ya que de otro modo se otorgaría al apercibimiento una suerte de naturaleza sancionadora, y nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la normativa aplicable al caso vulnerando los artículos 25 y 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En conclusión, la actuación administrativa procedente en Derecho es el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno al denunciado, pues así se deduce de la correcta interpretación de la normativa sobre protección de datos personales, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00174/2017) abierto a D. **C.C.C.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción de los artículos 6.1 y 10 de la LOPD; infracciones tipificadas como graves en el artículo 44.3, apartados b) y d), respectivamente, de la citada Ley Orgánica.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **C.C.C.** y D^a. **A.A.A.** y 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 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