



Procedimiento N°: A/00215/2014

RESOLUCIÓN: R/02205/2014

En el procedimiento A/00215/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **XXXX FOTOGRAFIA&VIDEO**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: con fecha 15 de abril de 2014, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Don **A.A.A.**, en el que señala lo siguiente:

*“Expongo que ha sido utilizada una imagen en la que salimos nosotros (**A.A.A.**) con carácter publicitario sin nuestro consentimiento por parte de la empresa “ XXXX FOTOGRAFIA&VIDEO”, con domicilio en (C/.....1) (Almería).*

Se ha publicado como anuncio publicitario en un libro de Semana Santa de la Cofradía de la Virgen de los Dolores de la localidad de Tabernas (Almería), del cual se han repartido numerosas copias por todo el pueblo. Se adjunta como archivo anexo una copia escaneada de la portada y de la página en que sale el anuncio publicitario (página nº 3 del archivo en pdf a la derecha).

Dicha empresa fue la encargada del reportaje fotográfico de nuestra boda, pero en ningún caso tenía autorización para hacer dicho uso de esas fotografías.

*Así mismo queremos exponer que dicha empresa dispone de una copia de un libro de fotografías del primer año de nuestra hija nacida el 06/08/2011 (**C.C.C.**) que fue realizado por la empresa y que utiliza con uso comercial para enseñar a otros clientes. Dado que no tiene nuestro consentimiento para su utilización, rogamos sea destruido y no sea exhibido.*

En virtud de lo expuesto, SOLICITA que se inicie un procedimiento sancionador o se repare de alguna manera el daño causado”.

SEGUNDO: Con fecha 28 de agosto de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de 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 lo sucesivo LOPD), acordó someter al denunciado a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6 de la citada LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la misma norma.

TERCERO: Con fecha 24 de septiembre de 2014, el denunciado formuló las alegaciones siguientes: Mientras realizaba el reportaje fotográfico del enlace matrimonial

de los denunciantes, les comentó si tenían inconveniente en que exhibiera alguna foto por su calidad y belleza, contestándole que no tenían inconveniente por lo que creyó que tenía su consentimiento. Tiene una conversación de WhatsApp mantenida con **A.A.A.** donde se adelanta el trabajo con unas fotos subidas en el muro Facebook y ella comenta que están muy chulas. Por ello, publicó la foto en el Libro de Semana Santa de la Cofradía de la Virgen de los Dolores, considerando que contaba con el consentimiento de la pareja.

HECHOS PROBADOS

1. El denunciado, como desarrollo de una actividad empresarial, es titular del establecimiento fotográfico denominado **XXXX FOTOGRAFIA&VIDEO**.
2. Los denunciantes son clientes del denunciado, que realizó un reportaje fotográfico de la boda de aquellos.
3. Una fotografía de los denunciantes, tomada durante su boda por el denunciado, fue publicada en el Libro de Semana Santa de la Cofradía de la Virgen de los Dolores de 2014.
4. Con fecha de 15 de abril de 2014, el denunciante formuló denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos contra el denunciado, por la publicación en el en el Libro de Semana Santa de la Cofradía de la Virgen de los Dolores de 2014 de una fotografía de su boda sin que previamente hubiesen prestado su consentimiento para ello.
5. El denunciado ha admitido que la fotografía de los contrayentes la publicó en la creencia de que contaba con el consentimiento para ello.

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 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. 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 una fotografía de la boda de los denunciados fueron expuestas por el denunciado en una Revista sobre las fiestas de la Semana Santa de 2014 y permite la identificación de los mismos, 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 el denunciado realizó un reportaje fotográfico a los denunciantes, por encargo de éstos, utilizando posteriormente algunas de las fotografías tomadas para exponerlas al público en una Revista de la Semana Santa de 2014 para la promoción de su estudio fotográfico.

Este hecho constituye un tratamiento de datos de carácter personal que exige disponer del consentimiento inequívoco de los denunciantes, correspondiendo al denunciado acreditar esta circunstancia.

Sin embargo, en este caso, el denunciado no ha aportado documentación alguna para acreditar que disponía del consentimiento para llevar a cabo dicho tratamiento de datos de carácter personal, habiéndose limitado a manifestar que el consentimiento se prestó de forma tácita, sin aportar indicio alguno al respecto. El encargo de las fotografías efectuado por los denunciantes no justifica la utilización de las mismas en una Revista.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento de los datos personales de los afectados sin su consentimiento, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD. Ha quedado acreditado que los denunciantes no prestaron el necesario consentimiento previo para el tratamiento de los datos, y tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD.

En consecuencia, 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 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 al denunciado, 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.

En este caso, el denunciado ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el citado principio, consagrado 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

El apartado 6 del artículo 45 de la LOPD establece lo siguiente:

“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 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 de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad, el grado de intencionalidad y que no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

No obstante, procede instar al denunciado para que, en lo sucesivo, recabe el

preceptivo consentimiento de sus clientes para la exposición de fotografías con el fin señalado en las presentes actuaciones. Para ello, podría establecer un formulario en el que se identifique al cliente, que consiente mediante su firma la exhibición en tienda o en el escaparate de la misma de las fotografías realizadas por el estudio o en Revistas.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00215/2014) a XXXX FOTOGRAFIA&VIDEO 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 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b), de la citada Ley Orgánica, en su redacción vigente en el momento en que se cometieron las infracciones.

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.- REQUERIR a XXXX FOTOGRAFIA&VIDEO, de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999, para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 6 de la LOPD. En concreto se insta al denunciado a adoptar, de manera efectiva, las medidas técnicas y organizativas que garanticen los tratamientos de datos personales que realice se lleven a cabo con el consentimiento de los afectados o conforme a las circunstancias establecidas en el apartado 2 del citado artículo 6, estableciendo mecanismos para recabar dicho consentimiento cuando resulte exigible conforme a la normativa señalada en esta Resolución, en concreto para la exposición en su establecimiento de las fotografías tomadas a sus clientes y su publicación en Revistas. Para ello, podría establecer un formulario en el que se identifique al cliente, que pueda consentir mediante su firma la exhibición en tienda o en el escaparate de la misma de las fotografías realizadas por el estudio del denunciado.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior, aportando aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto dicho cumplimiento.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/06048/2014**, podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que “*son funciones de la*

*Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.”, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, que considera como tal, “No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.*

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **XXXX FOTOGRAFIA&VIDEO**.

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **A.A.A.**.

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