



Procedimiento Nº.: A/00365/2011

RESOLUCIÓN: R/00223/2012

En el procedimiento **A/00365/2011**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por D^a. **B.B.B.**, y en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 25 de enero de 2011 tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos un escrito remitido D^a. **B.B.B.** (en adelante la denunciante) en el que venía a poner de manifiesto los siguientes hechos:

A mediados del año 2010, D. **A.A.A.** (en adelante el denunciado) publicó un libro sobre la ciudad de Benidorm donde figura una fotografía de la denunciante tomada sin su consentimiento. Dicho libro también es accesible a través de la web *www.benidormyes.com*.

En octubre de 2010, D^a. **B.B.B.** solicitó la cancelación de su fotografía de la web y del libro de fotografías, y verificó que no se encontraban registrados ficheros en el Registro de Protección de Datos cuyo titular sea D^a. **A.A.A.**.

Adjunto a la denuncia se ha aportaba fotocopias de la primera página del libro y de la página donde figura la fotografía de la denunciante.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se llevaron a cabo las actuaciones de investigación descritas más abajo y se solicitó información a las entidades reseñadas.

De este modo, en el informe de actuaciones previas de investigación E/00498/2011 se detalla lo siguiente:

1. <<Con fecha 27 de mayo de 2011, desde la Inspección de Datos se ha verificado que a través de la dirección www.benidormyes.com se accede a fotografías sobre la ciudad de Benidorm.
2. Con fechas 8 de septiembre de 2011, desde la Inspección de Datos no se encuentra información en la web www.benidormyes.com

Tal y como consta en la documentación remitida por **A.A.A.** con fecha de registro de entrada 22 de junio de 2011:

3. **A.A.A.** manifiesta ser fotógrafo de profesión.
4. **A.A.A.** manifiesta que la fotografía de la denunciante se encuentra dentro de las fotografías que figuran en el libro "YES BENIDORM" el cual ha sido publicado con una finalidad cultural. Además manifiesta que la imagen se refiere a una playa pública concurrida de gente y que la denunciante aparece casualmente en el ambiente de playa.

A.A.A. ha aportado a esta Agencia un ejemplar del libro completo donde consta, en la

página 121, la fotografía denunciada. El libro fue publicado en julio de 2010.

5. **A.A.A.** manifiesta que no ha solicitado el consentimiento de la denunciante porque considera que la publicación de la fotografía se encuentra fuera del ámbito de LOPD, quedando circunscrito a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho a la propia imagen.
6. **A.A.A.** aporta copia de la demanda de Juicio ordinario para la protección de los Derechos Fundamentales, de fecha 24 de enero de 2011, presentada por la denunciante ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Benidorm en relación con estos mismos hechos. Por este motivo, se paralizó la venta de los ejemplares hasta el resultado final del juicio. Hasta ese momento se habían vendido 41 ejemplares tal y como consta en el escrito de la empresa distribuidora>>.

TERCERO: Con fecha 26 de diciembre de 2011, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00365/2011. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Que con fecha 25 de enero de 2011 D^a. **B.B.B.** manifestó a esta Agencia que a mediados del año 2010 D. **A.A.A.** publicó un libro sobre la ciudad de Benidorm donde figura una fotografía suya tomada sin su consentimiento. Dicho libro también era accesible a través de la web www.benidormyes.com.

SEGUNDO: Que D. **A.A.A.** manifestó a esta Agencia en fase de actuaciones previas de investigación que es fotógrafo de profesión y que la fotografía de D^a. **B.B.B.** se encuentra dentro de las fotografías que figuran en el libro "YES BENIDORM", que ha sido publicado con una finalidad cultural.

TERCERO: Que D. **A.A.A.** aportó a esta Agencia en dicha fase de actuaciones previas de investigación un ejemplar del libro completo donde consta, en la página 121, la fotografía detallada en los dos puntos anteriores; así como, que el libro fue publicado en internet en julio de 2010, en la ya mencionada página web.

CUARTO: Que D. **A.A.A.** manifestó a esta Agencia de igual modo que no solicitó el consentimiento de D^a. **B.B.B.** porque consideraba que la publicación de la fotografía se encontraba fuera del ámbito de LOPD, quedando circunscrita a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho a la propia imagen; y en este sentido hay entablado un Juicio ordinario para la protección de los Derechos Fundamentales, de fecha 24 de enero de 2011, presentada por D^a. **B.B.B.** ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Benidorm en relación con estos mismos hechos. Por este motivo, se paralizó la venta de los ejemplares hasta el resultado final del juicio. Hasta ese momento se habían vendido 41 ejemplares tal y como consta en el escrito de la empresa distribuidora.



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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD).

II

El artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente:

“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: *“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”*

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) *“... consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...).”*

Son, pues, elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, 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 reciente 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”.

D. **A.A.A.** en este caso no ha aportado prueba documental que acredite el consentimiento de D^a. **B.B.B.** para el tratamiento de datos personales llevado a cabo, antes bien, los documentos que obran en el procedimiento evidencian que no contaba con su consentimiento inequívoco.

Recordemos que D^a. **B.B.B.** manifestó a esta Agencia que a mediados del año 2010, D. **A.A.A.** publicó un libro sobre la ciudad de Benidorm en el que se recoge una fotografía suya, tomada sin su consentimiento. Dicho libro también fue accesible a través de la web www.benidormyes.com. Y en efecto, D. **A.A.A.** manifestó a esta Agencia en fase de actuaciones previas de investigación que es fotógrafo de profesión y que la fotografía de D^a. **B.B.B.** se encuentra dentro de las fotografías que figuran en el libro “YES BENIDORM”, en concreto en su página 121 (ejemplar original que obra en el expediente); que fue publicado con una finalidad cultural. De igual modo, el libro fue difundido en internet en julio de 2010, en la ya mencionada página web.

En este sentido, D. **A.A.A.** manifestó a esta Agencia de igual modo que no solicitó el consentimiento de D^a. **B.B.B.** porque consideraba que la publicación de la fotografía se encontraba fuera del ámbito de LOPD, quedando circunscrito a la legislación civil sobre intimidad y derecho a la propia imagen. En este sentido, existe un Juicio ordinario para la protección de los Derechos Fundamentales, de fecha 24 de enero de 2011, a demanda de D^a. **B.B.B.** ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Benidorm en relación con estos mismos hechos. Por este motivo, se paralizó la venta de los ejemplares hasta el resultado final del juicio. Hasta ese momento se habían vendido 41 ejemplares tal y como consta en el escrito de la empresa distribuidora

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por parte de de la operadora del consentimiento de la denunciante 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”.

En consecuencia, por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte de D. **A.A.A.** y que es responsable de dicha infracción al artículo citado, por lo que se desestiman sus alegaciones al respecto.

III

La disposición final quincuagésima sexta, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo), ha modificado varios artículos de la LOPD, dando nueva redacción al artículo 44, en concreto a sus apartados 2 a 4.

De este modo, el artículo 44.3.b) de la LOPD considera infracción grave:

“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”.

En el presente caso, D. **A.A.A.** ha tratado los datos personales de la denunciante sin su consentimiento y ha conculcado el principio del consentimiento regulado en el artículo 6.1 de la LOPD que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de dicha norma.

IV

No obstante, por otra parte, dicha disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la LOPD, que dispone 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 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”.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) recoge “*los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia*”- sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que “*las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6, dada la naturaleza de los hechos y al concurrir de manera significativa los criterios establecidos en el apartado 5 del citado artículo 45.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. APERCIBIR (A/00365/2011) a D. **A.A.A.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción del artículo 6.1 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. 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 adoptar sin que quepa realizar valoración alguna por parte de esta institución al no existir medidas específicas cuya adopción garantice que en el futuro no se vuelva a producir infracción como la declarada.

3.- NOTIFICAR la presente Resolución a D. **A.A.A.**

4.- NOTIFICAR la presente Resolución a D^a. **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.

Madrid, 3 de febrero de 2012
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez