



Expediente Nº: E/02177/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad ESTUDIO XXXX - **A.A.A.**, en virtud de denuncia presentada por Doña **B.B.B.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 5 de marzo de 2013, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **B.B.B.**, en el que declara que sin tener ningún consentimiento, ni verbal ni escrito, el Estudio Fotográfico XXXX ha colocado imágenes de su hijo de once años en el escaparate de la tienda.

Aporta diversas fotografías del escaparate y del libro de recuerdo donde aparece la foto de su hijo. Aporta así mismo los justificantes de pago realizados al referido comercio, de abril de 2011.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Solicitada información al Estudio Fotográfico citado, y, en concreto, documentación acreditativa del consentimiento para la exposición de la fotografía, el responsable del comercio realiza las siguientes manifestaciones:

*“La señora **B.B.B.** dio consentimiento verbal a que expusiéramos la foto de su hijo. La forma de actuar de la empresa es que siempre preguntamos a los progenitores de los menores si nos dan permiso para poner las fotos de los niños, a lo que la grandísima mayoría de los padres contesta afirmativamente, porque a todos ellos les gusta ver y que vean a sus chicos en el escaparate.... Nunca ponemos una foto de alguien que no nos da permiso porque, como reflejé anteriormente, casi todo el mundo autoriza y tenemos niños de sobra para poner en el escaparate... Dado que es una foto de comunión debió estar expuesta **entre MM y MM de AA**, únicamente durante una semana máximo, ya que semanalmente cambiamos las fotos.”*

Adjunta impresión de una hoja “excel” donde manifiesta apuntan las autorizaciones. Se verifica que consta un registro con los siguientes datos:

“11/04/2011 (C/.....1) YOOMAN DOSIER 25x25 + 2 MINI AUTORIZADA VERBAL”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36,

ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

La LOPD regula el derecho fundamental a la protección de datos de las personas físicas, esto es, el derecho a disponer de sus propios datos sin que puedan ser utilizados, tratados o cedidos sin su consentimiento, con la salvedad de las excepciones legalmente previstas.

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”*.

El artículo 2.1 de la LOPD 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 LOPD, como *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

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”*.

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. En otro caso las mencionadas disposiciones no serán de aplicación.

De acuerdo con aquella definición de tratamiento de datos personales, la difusión de imágenes de personas en internet constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada.

El artículo 5.1. f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, define datos de carácter personal como: *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

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 considera dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, la imagen se ajusta a este concepto siempre que permita la identificación de las personas que aparecen en las mismas. La Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente al señalar:

“(14)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;”.

Es claro, pues, que para el legislador comunitario la imagen personal es un dato de carácter personal sujeto al régimen de protección establecido en la Directiva cuando se efectúe tratamiento sobre ella.

En nuestro país la STC 14/2003, de 30 de enero, entró en el análisis de esta cuestión. El Tribunal Constitucional tras recordar que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen proclamado en el artículo 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública, consideró que la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad-informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde. (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

Desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, esta Sentencia del Tribunal Constitucional considera que la fotografía es un dato de carácter personal sujeto al régimen legal de protección, doctrina extensible a todos los medios de reproducción de imagen.

III

La denuncia se concreta en que se ha colocado la imagen de un menor de edad en el escaparate de Estudios XXXX sin contar con el consentimiento de sus padres. El artículo 6 de la LOPD, cuya posible vulneración se imputa a Estudios XXXX dispone que:

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

2. 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 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 tratamiento de sus datos personales y a saber de los mismos.

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que *“por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea, la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación-, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”*

IV

De conformidad con lo expuesto ut supra, la jurisprudencia y el propio artículo 6



de la LOPD, exige que el responsable del tratamiento de los datos cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

Consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Tratamiento de datos: 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

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales.

Así de conformidad con las definiciones recogidas en la normativa de protección de datos expuesta, la exposición de imágenes en un escaparate, como es el caso que nos ocupa constituye un tratamiento de datos personales, cuyo responsable se identifica, en este supuesto, con Estudios XXXX que ha decidido sobre la finalidad, contenido y uso del citado tratamiento de imágenes.

No obstante, hemos de valorar, en primer lugar, si se ha obtenido válidamente el consentimiento para exponer la foto del menor. El denunciado acompaña copia de una hoja excell en la que se observan las referencias a las fotografías realizadas entre el día 21 de marzo de 2011 y el 29 de abril del mismo año. En dicha hoja se incluye la fecha de las fotografías, la dirección de los afectados, la procedencia, el tipo de reportaje y si existe autorización para la exposición de las fotos. En el apartado referido al día 11 de abril de 2011, con la dirección de la denunciante, consta que tienen autorización verbal.

Si no existiera controversia sobre esta autorización, se entendería que existe el consentimiento para la exposición de las fotos en el escaparate del estudio. Para que se cumplan los requerimientos legalmente establecidos y detallados en estos Fundamentos, el consentimiento ha de ser inequívoco, por lo que se recomienda al Estudio XXXX que solicite los consentimientos por escrito a los afectados o a sus representantes legales. En consecuencia, el consentimiento aportado no cumple los requisitos establecidos en la normativa de protección de datos.

V

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, Estudio XXXX ha tratado (en lo referido a la exposición de la imagen en el escaparate) los datos personales del menor sin el consentimiento

inequívoco de sus padres y/o representantes legales, y ha conculcado el principio de consentimiento regulado en el artículo 6.1 de la LOPD que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

El artículo 47 de la LOPD establece, en sus apartados 1, 2 y 3, lo siguiente:

“1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.

2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor”.

Los hechos sucedieron el día 11 de abril de 2011, fecha en que se efectuaron las fotografías y se pidió, presuntamente, el consentimiento para exponer las fotos del menor en el escaparate del Estudio denunciado. De acuerdo con lo expuesto por la entidad denunciada, las fotos se cambian semanalmente, por lo que la fotografía estaría expuesta entre MM y MM de AA.

La denuncia fue registrada de entrada en esta Agencia en fecha 5 de marzo de 2013, cumplidos casi los dos años de los hechos denunciados. La denuncia fue clasificada, estudiada y asignada al inspector para su investigación, y cerrando actuaciones el día 17 de mayo de 2013, cuando se obtiene la contestación del comercio investigado.

No ha sido posible notificar el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, o apercibimiento, a Estudios XXXX con anterioridad a que hubiese prescrito la infracción cometida, por lo que se procede al archivo de las actuaciones. No obstante, se traslada a Estudios XXXX la obligación de solicitar de forma inequívoca el consentimiento de las personas cuyas fotografías van a ser expuestas en su escaparate.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **ESTUDIO XXXX – Don A.A.A.** y a Doña **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.

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.

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