



Expediente N°: E/05186/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante el MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, y PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., en virtud de denuncia presentada por denunciante 1 y denunciante 2, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 29 de agosto de 2016 tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por denunciante 1 en el que declara que se le identifica en una fotografía que aparece en unas cajetillas de tabaco de determinada marca.

Con fecha de 26 de septiembre de 2016 se recibió en esta Agencia un escrito remitido por denunciante 2 en el que declara que se le identifica en una fotografía que aparece en unas cajetillas de tabaco de otra marca diferente.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. De la información y documentación aportada por PMS se desprende:
 - a. Que con fecha 20 de mayo de 2014 quedó aprobada la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE (en adelante, "la Directiva").
 - b. Que, el Capítulo II de la referida norma, relativo al etiquetado y envasado, recoge las obligaciones de los fabricantes e importadores respecto de las advertencias sanitarias de los productos del tabaco, estableciendo el artículo 10 que los productos del tabaco para fumar deberán incluir una fotografía en color de la biblioteca de imágenes establecida y adaptada por la Comisión Europea.
 - c. Que, con carácter previo a la transposición al ordenamiento jurídico español y entrada en vigor de la Directiva y a la vista de lo recogido en el punto 2 anterior, PMS solicitó al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (en adelante, "el Ministerio") la remisión de las advertencias combinadas para el etiquetado de los productos de tabaco, que debían ser incluidas según lo establecido en la nueva normativa.



Aporta la entidad copia del escrito en que se realizaba dicha solicitud, con fecha de presentación en Correos el 20/11/2015.

- d. Que, en respuesta a la misma, el Ministerio envió a PMS las imágenes que debían ser utilizadas, encontrándose entre éstas la que figura en el paquete cuya fotografía se adjunta al escrito de solicitud de información de la Agencia Española de Protección de Datos.

Aporta la entidad copia de la citada comunicación remitida por la S.G. de Promoción de la Salud y Epidemiología, con fecha de salida del día 20/11/2016.

2. Mediante diligencia de fecha 15/11/2016 se incorpora a las presentes actuaciones un artículo publicado en el periódico digital de El País (URL corta <http://cort.as/oGLa>) titulado “*Un gallego y otros europeos se reconocen en la misma foto de las cajetillas de tabaco*”. En dicho artículo relata que varias personas en toda Europa se han identificado con la fotografía en cuestión, presentando una fotografía de dos paquetes de tabaco que presentan una fotografía idéntica a las que han sido objeto de las presentes actuaciones de inspección.

El artículo contiene un enlace a una página de la Comisión Europea titulada *Q&A: Combined health warnings on tobacco products* (Preguntas y respuestas: Advertencias de salud combinadas en los productos de tabaco).

Dicha página informa que la Directiva de productos de tabaco establece la obligatoriedad de uso de una librería combinada de avisos de salud y fotografías. La librería está compuesta por un total de 42 fotografías realizadas por contratistas externos, habiéndose tomado medidas para asegurar el consentimiento y otros documentos legales para disponer de los derechos completos sobre las imágenes. Cualquier parecido con otras personas que no hayan dado su consentimiento, por desafortunado que sea, es puramente casual.

3. Mediante escrito con entrada en fecha 22/11/2016 el Ministerio respondió a la solicitud de información realizada por esta Agencia, aportando la misma información recogida en el párrafo anterior, añadiendo, además, que el asunto ha sido visto en sede judicial por un caso similar en el anterior catálogo de imágenes, por una demanda de una persona que reconocía una fotografía de su marido en una de imágenes incluidas en cajetillas de tabaco. Aporta resumen de la sentencia emitida por TRIBUNAL GENERAL (Sala Tercera), asunto T-168/14.

Añade que la Comisión Europea encargó la elaboración de la biblioteca de imágenes a la empresa de comunicación belga “Chili con Carne” y se utilizaron modelos con personas contratadas a tal fin.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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

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 mera captación de imágenes de las personas o su publicación en una cajetilla de tabaco, puede considerarse un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada.

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 la Comisión Europea ha utilizado a una empresa de publicidad para la realización de las fotografías que se incluyen en los paquetes de tabaco, conociendo la identidad de todas las personas, constando que se han tomado medidas para asegurar el consentimiento.

Por todo lo que antecede, no se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte del responsable de dicha infracción.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución al MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, a PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., al Instituto Gallego de Consumo y a los dos denunciados reseñados en el Anexo.



TRASLADAR la presente Resolución al **SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS** al afectar a actuaciones de la Comisión Europea.

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

Sin embargo, el responsable del fichero de titularidad pública, de acuerdo con el artículo 44.1 de la citada LJCA, sólo podrá interponer 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 LJCA, 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos