



RESOLUCIÓN: R/00330/2011

En el procedimiento sancionador PS/00477/2010, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **C.C.C.** (AULOS ESCOLA DE MÚSICA), vista la denuncia presentada por **B.B.B.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 26/10/2009, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **B.B.B.** (en lo sucesivo el/la denunciante), remitido a través del Instituto Galego de Consumo, en el que denuncia a D. **C.C.C.** (en lo sucesivo el denunciado), responsable de la academia de música "AULOS ESCOLA DE MÚSICA", por la utilización sin su consentimiento de la imagen de su hijo, **A.A.A.** (en lo sucesivo el afectado), en unos carteles publicitarios, y solicita que dicha foto sea retirada.

Aporta copia del citado cartel, con la foto del afectado remarcada. En dicha foto aparecen dos personas, una de ellas del el afectado, en lo que parece ser un concierto o evento musical. El cartel lleva impresas las siguientes identificaciones

"AULOS Enseñanza musical 982*****"
"(C/.....1) (galerías)"
"www.aulosescolademusica.com"

En la copia del DNI del menor afectado, aportado por la denunciante, figura como fecha de nacimiento "DD/MM/AA".

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos, que resultan de las manifestaciones y documentación aportada por el denunciado:

. AULOS ESCOLA DE MUSICA es una marca registrada a nombre del denunciado, que también figura como titular del dominio Internet "aulosescolademusica.com". Asimismo, el denunciado figura como responsable de un fichero denominado "Clientes" inscrito en el Registro General de Protección de Datos.

. Solicitada información sobre el marco en el que fue tomada la fotografía en cuestión y la distribución del folleto, así como acreditación del consentimiento otorgado por los padres o tutores del menor para la publicación de su imagen, el denunciado manifestó lo siguiente:

*" Con carácter previo a contestar el resto de requerimientos detallados, a esta parte le interesa reflejar una breve exposición de hechos relativos a la supuesta denuncia presentada, para aclarar al órgano inspector:
El 19/06/2008 se celebró el festival de fin de curso que es un evento realizado con carácter anual*

en el centro, contratando los servicios de un fotógrafo profesional, cuyas fotos son adquiridas por la Escuela y por algunos padres de alumnos que desean tener un recuerdo del evento (con independencia de los vídeos y fotografías que a título particular realice cada familiar asistente).

En esa fecha octubre-noviembre 2008, el consentimiento solicitado por AULOS para utilizar las fotografías con fines publicitarios se realizó de manera verbal. En este sentido, se diseña la futura publicidad utilizando exclusivamente las imágenes de los alumnos, o de los padres/tutores de alumnos, que lo hubieran autorizado previamente.

En diciembre 2008 se contacta con una imprenta de artes gráficas de la localidad para elaborar la publicidad diseñada con las fotos obtenidas anteriormente. Dicha imprenta realiza la tirada de los dípticos publicitarios de la escuela y se encarga su distribución a una empresa local de buzoneo.

En concreto, la empresa de buzoneo repartió los dípticos y carteles publicitarios en enero de 2009 y finales de agosto principios de septiembre de 2009, antes del inicio del presente curso 2009/2010, en la ciudad de Lugo.

Tal y como se expone en la siguiente declaración, el consentimiento otorgado por la madre del menor no fue revocado por ésta, ni en el primero de los buzoneos realizados con la fotografía del menor (enero de 2009), ni en el envío realizado a finales de Agosto principios de Septiembre de 2009, fecha anterior a la visita de la madre del menor (alumno de AULOS desde el curso 2002). Con motivo de la apertura del plazo de matriculación de la escuela a principios de septiembre, la madre del alumno visita el centro con el fin de reservar plaza, profesor y hora para el nuevo curso 2009/2010.

Interesa señalar que la madre del menor manifiesta su intención ante el Director de AULOS para que en este curso su hijo cursara una enseñanza oficial, lo que implicaría una ampliación de asignatura (denominada Educación auditiva y vocal) en relación a los cursos anteriores (violín y solfeo).

Atendiendo a la conversación mantenida, y contando con que el alumno continuaría su formación musical en la Escuela, el Director de AULOS intentó ponerse de nuevo en contacto con la madre del alumno por vía telefónica, sin poder localizarla, para informarle del inminente comienzo de las clases (en este momento el buzoneo de publicidad se estaba realizando).

Sobre el 20 de septiembre, el Director de AULOS encuentra por la calle a la madre del niño que lo insulta alegando que la ha engañado. A los pocos días se tiene conocimiento de que el menor está asistiendo a otra escuela de música donde se indicó a los padres que la tercera asignatura que este año cursaría en AULOS, ya debería tenerla cursada por la importancia que tiene para su formación musical.

Cuando un alumno de la escuela AULOS desea realizar su formación de manera oficial, debe cumplir previamente una serie de requisitos ajenos a los establecidos por la propia escuela (por ejemplo, abono de la matrícula oficial correspondiente en la Xunta de Galicia y la asistencia a los exámenes oficiales).

A principios de noviembre de 2009, el padre del alumno se pone en contacto con el Director de AULOS para comentarle que ha visto la publicidad de su escuela con la imagen de su hijo, solicitando que retire la fotografía del menor. A partir de ese momento, comenzaron las amenazas de demandas judiciales por parte de los padres que derivaron en la actual denuncia presentada ante esa Agencia.

El Director de AULOS procedió de inmediato a destruir la fotografía del menor al objeto de no ser utilizada en futuras campañas publicitarias de la escuela.

. Con relación a la acreditación documental del consentimiento otorgado por los padres del menor reseñado en la publicidad aportada, esta parte no puede aportar documento alguno ya que el consentimiento facilitado por los padres del alumno fue verbal al amparo de la buena fe de ambas partes, y entendiendo que en una ciudad pequeña como Lugo todos nos conocemos.

Pese a no poseer prueba de la obtención de dicho consentimiento verbal de los padres del alumno ahora denunciante, AULOS si puede aportar indicios de prueba del consentimiento otorgado por la madre del alumno (... la denunciante) al exhibir con orgullo, la publicidad donde aparece su

hijo al Director de colegio "Los Salesianos" donde el menor cursa estudios (se insta a la AEPD para que solicite testimonio a esta persona si lo estima pertinente).

Por otra parte, a raíz de las discrepancias surgidas con la madre del alumno ahora denunciante, con el apoyo y asesoramiento de una consultora legal en materia de protección de datos contratada por la Escuela, en septiembre de 2009 se procedió por parte del centro a recabar el consentimiento por escrito de los alumnos o de sus padres/tutores para evitar situaciones como la relatada y cumplir con la obligación establecida por el artículo 12.3 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre.

Se adjunta como documentación justificativa copia suscrita de 10 fichas de alumnos de la escuela, donde se anexa la correspondiente política de privacidad de la escuela (Documento anexo 3). No obstante, se pone a disposición de los inspectores de esa Agencia todas las fichas de los alumnos del centro, con independencia de que hubieran consentido o no verbalmente con anterioridad.

. Respecto a la identificación de los lugares donde ha sido expuesto el tríptico/cartel y las fechas durante las que ha sido expuesto, esta parte informa lo siguiente: AULOS contrató los servicios de una empresa de buzoneo de Lugo para distribuir los dípticos publicitarios por toda la ciudad de Lugo, la cual realizó un primer reparto en el mes de enero de 2009 y posteriormente en el mes de septiembre de 2009 un segundo reparto publicitario con motivo del inicio del curso escolar 2009/2010.

. Respecto al requerimiento número cuatro del escrito, la fotografía objeto de denuncia fue tomada en el festival de fin de curso del curso 2007/2008 realizado el día 19 de junio de 2008. Se trata de un evento organizado por la Escuela anualmente al finalizar el período académico, al que acuden los padres y familiares más directos de los alumnos.

En dicho festival los padres y familiares filman y fotografían a los alumnos sin ningún tipo de consentimiento. Asimismo, se contrató por parte de la Escuela los servicios de un fotógrafo profesional que facilitó a AULOS la concreta fotografía objeto de la denuncia que nos ocupa.

El marco en que se tomó la fotografía del menor no fue privado (clase) sino público, ya que el evento se realizó en el salón de actos del Centro Sociocultural de Fingoi (Avda. Aviación Española s/n en Lugo) que depende del Ayuntamiento de esta misma ciudad, donde el diario local "El Progreso de Lugo" publicó fotografías del evento celebrado.

. Interesa reflejar que AULOS Escola de Música se encuentra sensibilizada con la normativa legal vigente en materia de protección de datos de carácter personal. En este sentido, en la actualidad el centro se encuentra en continuo proceso de gestión e implantación de medidas técnicas, organizativas y legales para adaptarse correctamente a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD), y su normativa de desarrollo (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre)

La política corporativa implementada a raíz de los hechos relatados, considera el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos como una exigencia fundamental para el desarrollo de su actividad formativa".

Aporta diversas "fichas de alumnos" del centro AULOS ESCOLA DE MÚSICA que incorporan un "Anexo impreso de matrícula" en el que se indica lo siguiente:

"AULOS ESCOLA DE MÚSICA" viene manteniendo desde hace años una rigurosa política de privacidad con los datos de aquéllas personas que han establecido relaciones con el Centro. Continuando con esta política de defensa de la privacidad, y en cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), le informamos de la inclusión de los datos facilitados en un fichero titularidad de... (el denunciado), con la finalidad de gestionar y tramitar la matrícula en los cursos reseñados en la misma.

El citado fichero se encuentra legalmente inscrito en el Registro General de Protección de Datos (RGPD) de la Agencia Española de Protección de Datos.

Le informamos de la cesión de sus datos a organismos y entidades públicas obligadas por Ley, y a entidades bancarias necesarias en el supuesto de domiciliar su cuota.

Asimismo, respecto al alumno, y salvo que marque la casilla habilitada al efecto, o revoque posteriormente el consentimiento otorgado, autoriza expresamente al centro a:

NO

NO

NO

NO

A comunicar sus datos a organismos públicos y privados (Conservatorio de Vilalba, Ayuntamiento, colegios, etc.), para la tramitación de las gestiones necesarias relacionadas con la actividad de la escuela (eventos, actos y conciertos) y con su formación musical.

Que en aquellos actos académicos organizados por el centro, donde participe puedan ser grabados y fotografiados tanto por los distintos medios de comunicación como por los particulares asistentes.

Remitirle mediante sms, correos electrónicos, correo postal o teléfono información relacionada con actividades académicas y lúdicas realizadas por el centro.

Que en sus distintas publicaciones (incluidos blogs, página web, tabloneros de anuncios, buzzoneos y medios de comunicación) incorpore fotografías y vídeos realizados en actividades desarrolladas por la escuela en las que aparezca la imagen del alumno con finalidad publicitaria para el centro.

En el caso de producirse alguna modificación en sus datos, le rogamos nos lo comunique debidamente por escrito y actualice su ficha.

Tal y como establece la LOPD, los interesados podrán ejercitar en cualquier momento sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiéndose por escrito al responsable de fichero: ... (el denunciado), á la siguiente dirección ...”.

TERCERO: Con fecha 08/09/2010, el Director de la Agencia de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al denunciado por la presunta infracción del artículo 6.1 de la



Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3.f) de dicha norma, pudiendo ser sancionada con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, se recibe escrito del denunciado en el que, después de destacar nuevamente el proceso de gestión e implantación de medidas técnicas, organizativas y legales que lleva a cabo para adaptarse a la LOPD (inscripción de ficheros, incorporación de la información legal sobre privacidad en las fichas de los alumnos, elaboración del Documento de Seguridad e implantación de un procedimiento para atender los ejercicios de derechos), iniciado antes de tener conocimiento de la denuncia, formular una serie de consideraciones subjetivas en relación con los motivos que han determinado la formulación de la denuncia, y señala que los representantes del afectado fueron conscientes del buzoneo realizado en enero de 2009, cuando el menor era alumno del centro, y que la segunda campaña de septiembre del mismo año se realizó antes de conocer que el mismo dejaría de ser alumno, advirtiéndolo al respecto que las discrepancias aparecidas podrían haberse evitado si la denunciante hubiera contestado a las reiteradas llamadas que le efectuó.

Insiste en que la denunciante prestó consentimiento verbal para el tratamiento de la imagen de su hijo, el afectado, con fines publicitarios, en una reunión presencial conjunta con el resto de padres de alumnos, y en la existencia de indicios que prueban el consentimiento otorgado. A este respecto, señala que la denunciante solicitó, nueve meses antes de la denuncia, numerosos ejemplares del díptico publicitario elaborado, con el fin de repartirlos entre amigos y compañeros de colegio de su hijo.

El denunciado aporta diversas declaraciones firmadas por alumnos del centro "AULOS ESCOLA DE MÚSICA" mayores de edad o madres de alumnos menores que aparecen en el díptico publicitario objeto de la denuncia, en los que manifiestan que el imputado solicitó su consentimiento en noviembre de 2008 para la utilización de sus imágenes en los carteles publicitarios que distribuyó dicha escuela en enero y septiembre de 2009. Estas declarantes añaden que el denunciado, para dicha campaña publicitaria, solicitó consentimiento verbal a la denunciante para la utilización de la imagen de su hijo.

Asimismo, aporta una declaración suscrita por el Director del Colegio Divina Pastora, de Lugo, en el que dice conocer a la denunciante y a su hijo, alumno suyo, y manifiesta que éste, mediado el curso 2008/2009, le mostró un folleto de "Aulos" en el que aparecía en una foto tocando el violín.

QUINTO: En fecha 26/11/2010, se acordó por el Instructor del Procedimiento la apertura del período de práctica de pruebas, teniéndose por reproducidas a efectos probatorios la denuncia interpuesta y la documentación que acompaña, así como las actuaciones previas de investigación señaladas con el número E/03504/2009 y las alegaciones a la apertura del procedimiento presentadas por el denunciado y la documentación que acompaña.

Por otra parte, en atención a la solicitado por el denunciado, por el Instructor del procedimiento se acordó requerir a la denunciante para que informase sobre las siguientes cuestiones:

- . Que declare ser cierto que en enero de 2009 solicitó al denunciado un número considerable de ejemplares de la publicidad de AULOS, en la que se incluía la fotografía de su hijo, para que éste pudiera repartirla entre sus compañeros y amigos del Colegio Divina Pastora (Salesianos) de Lugo.
- . Que declare ser cierto que su hijo repartió entre sus compañeros, profesores y amigos de

su Colegio, los dípticos publicitarios que la denunciante pidió al Director de la Escuela AULOS, y en los que aparecía su fotografía tocando el violín.

En respuesta a este requerimiento, se recibe escrito de la denunciante en el que niega haber solicitado al denunciado ejemplares del díptico publicitario, y añade que tales ejemplares se los dio el denunciado a su hijo, que únicamente entregó uno de ellos al Director del Colegio Divina Pastora, de Lugo. En esta respuesta, la denunciante añade lo siguiente:

“Quizá fue un fallo nuestro no denunciar la 1ª campaña publicitaria pero nuestro hijo estaba en la academia...”.

“La campaña que yo denuncié fue la 2ª campaña que lanzó el Sr... (el denunciado) y mi hijo ya no estaba en la academia”.

SEXTO: Con fecha 01/02/2011, se emitió propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione al denunciado con multa de 2000 euros (dos mil euros), por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

Notificada la citada propuesta, se recibe escrito del denunciado en el que reitera sus alegaciones anteriores, señalando nuevamente que la denunciante consintió la utilización de la fotografía del afectado en los carteles publicitarios, de forma verbal, existiendo indicios probatorios suficientes al respecto, ya señalados, que no han sido valorados por la Agencia Española de Protección de Datos. Añade que la posición mantenida por el denunciado a lo largo del procedimiento queda ratificada por las manifestaciones de la denunciante en su respuesta a la prueba propuesta por el imputado, en la que aclara que denuncia la campaña realizada por “Aulos” cuando su hijo había dejado de cursar estudios en dicho centro.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: “AULOS ESCOLA DE MUSICA” es una marca registrada a nombre del denunciado, que también figura como titular del dominio Internet “aulosescolademusica.com”.

SEGUNDO: El denunciado figura como responsable de un fichero denominado “Clientes” inscrito en el Registro General de Protección de Datos.

TERCERO: El afectado, hijo de la denunciante, nacido en fecha 07/02/1997, durante el curso 2007/2008 fue alumno del centro “AULOS ESCOLA DE MUSICA”

CUARTO: Con carácter anual, el centro “AULOS ESCOLA DE MUSICA” celebra un festival de fin de curso. Al finalizar el período académico 2007/2008, el 19/06/2008, “AULOS ESCOLA DE MUSICA” celebró el festival de fin de curso en el salón de actos del Centro Sociocultural de Fingoi (Avda. Aviación Española s/n en Lugo), que depende del Ayuntamiento de esta misma ciudad.

QUINTO: Con motivo del festival de fin de curso celebrado el 19/06/2008, reseñado en el Hecho Probado Cuarto, el denunciado contrató los servicios de un fotógrafo profesional. Entre las fotografías realizadas por este fotógrafo figura una correspondiente al afectado, hijo de la denunciante, que fue facilitada por dicho fotógrafo al centro “AULOS ESCOLA DE MUSICA”.

SEXTO: La fotografía del afectado tomada en el festival de fin de curso del curso 2007/2008,



realizado el día 19/06/2008, fue insertada en un cartel publicitario realizado por una empresa de artes gráficas contratada por el denunciado. Dicho cartel lleva impresas las siguientes identificaciones

"AULOS Enseñanza musical 982*****"
"(C/.....1) (galerías)"
"www.aulosescolademusica.com"

SÉPTIMO: El denunciado encargó la distribución del cartel publicitario reseñado en el Hecho Probado Sexto a una empresa de buzoneo, que repartió los dípticos y carteles publicitarios en enero de 2009 y agosto-septiembre de 2009, en la ciudad de Lugo.

OCTAVO: En relación con la acreditación documental del consentimiento otorgado por los padres del afectado para la utilización de la imagen de éste en la publicidad del centro "AULOS ESCOLA DE MUSICA", el denunciado manifestó que *"no puede aportar documento alguno ya que el consentimiento facilitado por los padres del alumno fue verbal al amparo de la buena fe de ambas partes"*.

NOVENO: En las "fichas de alumnos" del centro AULOS ESCOLA DE MÚSICA correspondientes al curso 2009/2010 se incorporan un "Anexo impreso de matrícula" en el que se indica lo siguiente:

"AULOS ESCOLA DE MÚSICA" viene manteniendo desde hace años una rigurosa política de privacidad con los datos de aquéllas personas que han establecido relaciones con el Centro. Continuando con esta política de defensa de la privacidad, y en cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), le informamos de la inclusión de los datos facilitados en un fichero titularidad de... (el denunciado), con la finalidad de gestionar y tramitar la matrícula en los cursos reseñados en la misma.

El citado fichero se encuentra legalmente inscrito en el Registro General de Protección de Datos (RGPD) de la Agencia Española de Protección de Datos.

Le informamos de la cesión de sus datos a organismos y entidades públicas obligadas por Ley, y a entidades bancarias necesarias en el supuesto de domiciliar su cuota.

Asimismo, respecto al alumno, y salvo que marque la casilla habilitada al efecto, o revoque posteriormente el consentimiento otorgado, autoriza expresamente al centro a:

NO

NO

NO

NO

A comunicar sus datos a organismos públicos y privados (Conservatorio de Vilalba, Ayuntamiento, colegios, etc.), para la tramitación de las gestiones necesarias relacionadas con la actividad de la escuela (eventos, actos y conciertos) y con su formación musical.

Que en aquellos actos académicos organizados por el centro, donde participe puedan ser grabados y fotografiados tanto por los distintos medios de comunicación como por los particulares asistentes.

Remitirle mediante sms, correos electrónicos, correo postal o teléfono información relacionada con actividades académicas y lúdicas realizadas por el centro.

Que en sus distintas publicaciones (incluidos blogs, página web, tabloneros de anuncios, buzoneos y medios de comunicación) incorpore fotografías y vídeos realizados en actividades desarrolladas por la escuela en las que aparezca la imagen del alumno con finalidad publicitaria para el centro.

En el caso de producirse alguna modificación en sus datos, le rogamos nos lo comunique debidamente por escrito y actualice su ficha.

Tal y como establece la LOPD, los interesados podrán ejercitar en cualquier momento sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiéndose por escrito al responsable de fichero: JSD, á la siguiente dirección ...”.

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 las personas que aparecen 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 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 la fotografía tomada del afectado permite la identificación de éste, 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 es responsable de la escuela de música denominada "AULOS ESCOLA DE MUSICA" y del festival de fin de curso que este centro celebra anualmente. Asimismo, consta que el denunciado contrató los servicios de un fotógrafo profesional, que tomó la foto del afectado objeto de la denuncia y la facilitó al denunciado, así como a las empresas que elaboraron y distribuyeron los dípticos y el cartel publicitarios.

En relación con los hechos denunciados, el denunciado no ha aportado prueba inequívoca que acredite el consentimiento de los padres y representantes legales del afectado, menor de edad, para el tratamiento de datos realizado, consistente en la utilización de la imagen del menor en un cartel y dípticos publicitarios de la escuela de música en la que el imputado desarrolla su actividad, posteriormente distribuidos al público.

Antes bien, la declaración efectuada por los representantes del menor evidencia que aquél no contaba con su consentimiento inequívoco, ni este consentimiento puede deducirse de la solicitud de dípticos y carteles efectuada por el menor para distribuir entre sus amigos.

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por parte del denunciado del consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de datos personales en cuestión, y ante la ausencia de cobertura legal que amparase dicho tratamiento sin consentimiento, se estima vulnerado por el mismo el artículo 6.1 de la LOPD.

Abundando en este sentido, procede citar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 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".

Por tanto corresponde al denunciado acreditar que contaba con el consentimiento de los

padres y representantes legales del afectado, para el tratamiento de los datos personales realizado por la utilización de la fotografía mencionada.

En el supuesto examinado, en consecuencia y según ha quedado indicado, el denunciado no ha acreditado disponer de ese consentimiento inequívoco. Al contrario, se reitera, consta en el expediente que no disponía del mismo.

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.

En relación con la prestación del consentimiento inequívoco, existen en el expediente manifestaciones de otros alumnos de la escuela de música contrarias a las efectuadas por la denunciante. En relación con la existencia de manifestaciones contradictorias respecto del consentimiento para el tratamiento de los datos, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 28/03/2007, dictada en un supuesto similar de tratamiento de datos sin consentimiento del afectado por la inclusión de una fotografía en un folleto publicitario, se declara lo siguiente:

"... la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente es por la captación de las imágenes fotográficas de la denunciante sin que conste su consentimiento para su divulgación en un folleto publicitario, esto es, tratando datos personales sin consentimiento.

Téngase en cuenta que si bien la denunciante reconoce que prestó su consentimiento para la realización de las fotos porque se le indicó que se iba a realizar una prueba, no fue así para su inclusión en un cuadernillo de publicidad, y entre estas dos versiones diferentes proporcionadas por el representante de la empresa (folio 16 del expediente administrativo) y de la denunciante titular de los datos (folio 42 del expediente), lo que se echa en falta es que la ahora recurrente no pueda acreditar que en su día recabó el consentimiento de la titular de los datos para, de este modo, cumplir la exigencia esencial derivada de la Ley Orgánica 15/1999 .

Por lo demás, los requisitos del consentimiento 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 -expreso, presunto o tácito- 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, de manera que el establecimiento de presunciones, equivaldría a establecer un sistema de suposiciones que pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser "equivoco", es decir, que 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, incumpliendo la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde a su titular. Además, y en este sentido, el titular de los datos personales puede hacer públicos aquellos que tenga por conveniente, a los efectos ahora examinados, pues tal es el poder de disposición sobre los mismos que le confiere este derecho fundamental, según reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, lo que no significa, en modo alguno, que los demás pueden deducir de ahí que ha prestado el consentimiento para la publicación o divulgación general de todos su datos personales o de parte de ellos, burlando las exigencias que establece la Ley Orgánica 15/1999.

(...)

Pues bien, en el presente caso la presunción de inocencia de la recurrente sancionada ha quedado destruida porque la recurrente no ha cumplido las exigencias que impone la Ley Orgánica 15/1999 sobre la necesidad insoslayable de haber obtenido el consentimiento de la



titular de los datos para el uso de sus datos personales, esto es, de su imagen. Como hemos indicado en los fundamentos precedentes, y ahora insistimos, si bien la denunciante reconoce que prestó su consentimiento para la realización de las fotos porque se le indicó que se iba a realizar una prueba, no prestó dicha conformidad para su divulgación en un folleto de publicidad, y entre las dos versiones diferentes proporcionadas por el representante de la empresa (folio 16 del expediente administrativo) y de la denunciante titular de los datos (folio 42 del expediente), lo que se echa en falta es que la ahora recurrente no pueda acreditar que en su día recabó el consentimiento de la titular de los datos para, de este modo, cumplir la exigencia medular en esta materia derivada de la aplicación Ley Orgánica 15/1999 .

La solución contraria que postula la recurrente y que se concreta en considerar que ante dos versiones diferentes no se puede sancionar, colisiona con la descripción legal del tipo sancionador que exige que el tratamiento de los datos personales se realice con el "consentimiento inequívoco" del titular de los mismos, de manera que cuando no consta un asentimiento de tal naturaleza se incurre precisamente en la conducta prevista en la contravención administrativa merecedora de sanción.

En consecuencia, no existen dudas en relación con los hechos, sobre los que cimentar una infracción de la presunción de inocencia".

IV

El artículo 44.3.d) de la LOPD considera infracción grave "Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave".

La Audiencia Nacional ha manifestado, en su sentencia de 22 de octubre de 2003, que "la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave "tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley", por tanto, se está describiendo una conducta —el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior— que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos...."

En el presente caso, el denunciado ha tratado los datos personales del afectado, menor de edad, sin el consentimiento inequívoco de sus padres, 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.

V

El artículo 45.1, 2, 4 y 5 LOPD dispone lo siguiente:

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 601,01 € a 60.101,21 €.
2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 a 300.505,05 euros".
4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos

personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad y a la reincidencia.

5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuricidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”.

La Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló que dicho precepto <<...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general de la prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuricidad resulten sustancialmente atenuadas, atendidas las circunstancias del caso concreto. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión “especialmente cualificada”) y concretos.

En este hay que considerar que sí existe una cualificada disminución de la culpabilidad, puesto que en el expediente ha quedado acreditado la falta de intencionalidad habida en la actuación del denunciado, así como la adopción de medidas para la adecuación a la normativa de protección de datos y para evitar que puedan cometerse otras infracciones de similar naturaleza, además de la falta de reincidencia, la afectación a un solo caso, la condición de alumno del centro “AULOS ESCOLA DE MUSICA” del hijo de la denunciante y la denuncia posterior a la finalización de esta relación. Por tanto, precede cuantificar la sanción conforme a la escala prevista para las infracciones leves.

Por otra parte, en relación con los criterios de graduación recogidos en el artículo 45.4 y, en especial, al volumen de tratamientos, procede la imposición al denunciado de una sanción por la cuantía mínima establecida para las infracciones leves, por el incumplimiento del “principio del consentimiento” recogido en el artículo 6.1 de la citada LOPD, que resulta del tratamiento de los datos del afectado sin el consentimiento de los padres del menor.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: IMPONER a **C.C.C.** (AULOS ESCOLA DE MÚSICA), por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 601,01 euros (seiscientos un euros con un céntimo), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1, 2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **C.C.C.** (AULOS ESCOLA DE MÚSICA) y a **B.B.B.**

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.



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.

Madrid, 24 de febrero de 2011
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte