



Procedimiento nº.: PS/00197/2010

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00665/2010

Examinado el recurso de reposición interpuesto por D. **B.B.B.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00197/2010, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 2 de noviembre de 2010, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00197/2010, en virtud de la cual se imponía a la entidad denunciado, una sanción de 1.500 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 4 de noviembre, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: En fecha 12 de noviembre de 2010 tuvieron entrada en esta Agencia alegaciones a la propuesta de resolución del citado procedimiento que fueron presentadas por D. **B.B.B.** en fecha 30 de octubre de 2010 en oficina de Correos. Al haberse dictado resolución en el citado procedimiento en fecha 2 de noviembre de 2010, dichas alegaciones fueron calificadas como recurso de reposición RR/00665/2005 y dictada resolución en fecha 10 de noviembre de 2010 que, en síntesis, a continuación se reproduce:

“HECHOS

PRIMERO: Con fecha 2 de noviembre de 2010, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00197/2010, en virtud de la cual se imponía a la entidad denunciado, una sanción de 1.500 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 4 de noviembre, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00197/2010, quedó constancia de los siguientes:

“PRIMERO: Consta en el expediente disquete aportado por la denunciante que contiene ocho fotografías del exterior (escaparate) del establecimiento ESTUDIO FOTOGRAFICO USERO, comprobándose que en siete de ellas se aprecia que el mismo se encuentra expuesta una fotografía D. M.M.M., menor de edad. (folios 10-21).

SEGUNDO: D. B.B.B. no ha acreditado el consentimiento de la denunciante, madre y representante legal de D. M.M.M. (folios 31-34)”

TERCERO: En fecha 12/11/2010 tuvieron entrada en esta Agencia alegaciones a la propuesta de resolución del citado procedimiento que fueron presentadas por D. B.B.B. en fecha 30/10/2010 en oficina de Correos. Al haberse dictado resolución en el citado procedimiento el 02/11/2010, dichas alegaciones fueron calificadas como recurso de reposición RR/00665/2005 y dictada resolución en fecha 10/12/2010 que a continuación se reproduce:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por D. B.B.B., reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II Y III de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

“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 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, 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”.

D. B.B.B. no ha aportado prueba documental que acredite el consentimiento de la denunciante, a la sazón, madre y representante legal de D. M.M.M., para llevar a cabo el tratamiento de datos personales realizado, antes bien, los documentos que obran en el procedimiento evidencian que aquél no contaba con su consentimiento inequívoco.

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por D. B.B.B. del consentimiento inequívoco de los denunciantes para ese tratamiento de datos personales en cuestión, 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”.

Por tanto corresponde a D. B.B.B. acreditar que contaba con el consentimiento de la madre y representante legal de D. M.M.M., para el tratamiento de los datos personales realizado en la foto tomada y expuesta al público en general en el escaparate del establecimiento del imputado.

En el supuesto examinado y según ha quedado indicado, 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 de D. B.B.B. y que es responsable de dicha infracción al artículo citado, por lo que se desestiman sus alegaciones al respecto.

“III

Antes de continuar, para analizar con más profundidad los hechos que se imputan en el presente procedimiento, se hace necesario transcribir los conceptos de datos de carácter personal, fichero, tratamiento de datos y consentimiento que se acuñan en los apartados a), b), c) y h) del artículo 3 de la LOPD. De este modo, tenemos que:

“a) Datos de carácter personal: Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

c) 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.

(...)

h) Consentimiento del interesado: Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.”

De este modo, y centrándonos en el concepto de tratamiento de datos que la ley nos aporta, tendríamos que el tratamiento puede ser automatizado o no, y conlleva su recogida/captación, su cesión y, también, y no menos importante, su conservación, lo que



permitiría su uso posterior en cualquier momento, mientras no exista un proceso de cancelación o, en su caso, bloqueo (no olvidemos que tratándose de una fotografía cuyo original obra en poder del imputado, su reproducción puede efectuarse en cualquier momento).

Más minuciosa es aún la Directiva 95/46/CE a la hora de enumerar las operaciones o procesos que constituyen tratamiento de datos y el propio Reglamento de desarrollo de la LOPD (artículo 5.t).

Lo mismo podríamos decir cuando se analiza el concepto de fichero, a la hora de hablar de almacenamiento de los datos.

En cuanto a la consideración de la imagen como dato de carácter personal, el Tribunal Constitucional, con la salvedad de que la sentencia citada más abajo viene a referirse a una cuestión estrictamente de colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, en su sentencia de 16 abril de 2007 (STC 72/2007) dice:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas sobre vulneraciones del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, y 300/2006, de 23 de octubre.

En lo que aquí interesa destacar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.

Ahora bien, lo que no puede deducirse del art. 18.1 CE es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4), señaladamente las libertades de expresión o información [art. 20.1, a) y d), CE].

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que “la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél” (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra

delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6)” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)..

Las personas, por tanto, tienen el poder de decisión sobre la difusión de su propia imagen como dato personal, sin lugar a dudas, y merecedora de protección, pero un derecho que no es absoluto, que llegado el caso debe ceder llegado el caso ante la prevalencia de otros derechos y libertades también constitucionalmente reconocidos y protegidos, como por ejemplo es el de la libertad de información, expresión, propiedad intelectual, etc., ponderándose ello caso a caso.

Cabe rechazar lo alegado por el imputado en cuanto a que los hechos denunciados exceden el ámbito de aplicación de la LOPD, por cuanto, como ya se ha expuesto, la imagen es un dato de carácter personal, y su recogida constituye un tratamiento (automatizado o no reza la LOPD). Asimismo se alude a la inexistencia de fichero cuando, tratándose de imágenes (fotografías), el imputado, la localización de una en concreto responderá a algún tipo de estructuración de fichero adoptada por el imputado. Respecto a los precedentes aludidos, en los mismos no se acreditó la existencia de fichero y por la propia naturaleza de los hechos probados no cabía inferir la necesaria existencia del mismo.”

III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, D. B.B.B. no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada, incidiendo de nuevo en que los hechos probados infieren la existencia de fichero como así señala la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 19/10/2010 al señalar. “La Directiva 94/46/CE define el fichero en su artículo 2 y nuestra Ley recoge tal concepto, en su artículo 3, como “b) Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”. Definición que debe ponerse en relación con la de tratamiento, que es siempre una operación o procedimiento técnico, esto es, sujeto a criterios preestablecidos, que son los propios del fichero donde los datos personales están contenidos o destinados. Así, todo fichero de datos exige para tener esta consideración de estructura u organización con arreglo a criterios determinados.” En concordancia con este criterio, el negativo de la fotografía obrante en poder del recurrente se ubica en un fichero que se incardina en las definiciones anteriores habida cuenta de que para la localización del negativo en cuestión se necesita, de una organización del



fichero conforme a determinados criterios que hagan posible la misma.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por D. B.B.B. contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 2 de noviembre de 2010, en el procedimiento sancionador PS/00197/2010.

TERCERO: D. **B.B.B.** ha presentado en fecha 4 de diciembre de 2010 en oficina de correos, con fecha 29 de diciembre de 2010 de entrada en esta Agencia, recurso de reposición solicitando la declaración de nulidad de la resolución recurrida al dictarse sin haberse tenido en cuenta las alegaciones a la propuesta de resolución que se formularon en plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

D. **B.B.B.**, alega la nulidad de la resolución recurrida al haberse dictado sin considerar las alegaciones a la propuesta de resolución formuladas en plazo.

Para analizar esta cuestión conviene recordar que, en materia sancionadora, el Tribunal Constitucional ha establecido, como uno de los pilares básicos para la interpretación del Derecho Administrativo sancionador, que los principios y prácticas básicas en el ámbito del Derecho Penal sean aplicables, con ciertos matices, en el ejercicio de cualquier potestad sancionadora de la Administración Pública (entre otras, la Sentencia 76/1990, de 26 de abril).

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 (fundamento jurídico segundo "*in fine*"), señaló que "*los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración porque la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga*".

En dicho contexto constitucional, uno de los trámites esenciales del procedimiento sancionador es la propuesta de resolución, que se regula en el artículo 18 del citado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que dispone:

“1. Concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijará de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad”.

La propuesta de resolución, como dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003, contiene los hechos que se consideran probados y su exacta calificación jurídica, determina la infracción que, a su juicio, aquellos constituyen, y la persona o personas que resulten responsables, además de la sanción que lleva aparejada y que se propone.

El transcrito precepto es la concreción del principio general en materia sancionadora contenido en el artículo 135 de la LRJPAC. Se trata de un precepto que pretende garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable, de ahí que se establezca la garantía de notificación de los hechos imputados, pues sólo cuando se tiene conocimiento de éstos es posible el ejercicio del legítimo derecho de defensa. Por ello, todo presunto responsable tiene derecho a ser informado de la acusación.

Sobre la propuesta de resolución, la Sala Tercera del Tribunal Supremo (en Sentencias, entre otras, de 21 de abril de 1997, 16 de marzo de 1998, 24 de abril de 1999 y 16 de noviembre de 2001) y teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, de 6 de febrero, ha elaborado una jurisprudencia consolidada en virtud de la cual *“el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución.... Excepcionalmente aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso”.*

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, hay que dilucidar si se ha producido la invalidez de la Resolución porque el recurrente no hubiera podido defenderse en vía administrativa de los hechos que se consideraron probados en la correspondiente resolución sancionadora.

En el presente caso, el procedimiento sancionador se inició por acuerdo del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 7 de mayo de 2006. En dicho Acuerdo se designó Instructor y Secretario, con indicación de la posibilidad de ser recusadas, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la LRJPAC. Asimismo se identificó al recurrente como presunto responsable del hecho imputado en dicho Acuerdo, fue informado detalladamente de la infracción objeto de reproche a la luz de la LOPD, de su calificación jurídica, de la posible sanción que tal infracción merecía, de la autoridad competente para imponerla y de su derecho a formular alegaciones y proponer prueba. El recurrente, por tanto, conoció, en detalle, el hecho que se le imputaba y su alcance al amparo de dicha Ley Orgánica.



Además, tuvo conocimiento de cada una de las fases procedimentales y oportunidad de formular alegaciones en defensa de sus derechos durante el período de la tramitación del procedimiento sancionador, a lo largo del cual tuvo oportunidad de presentar cuantas alegaciones estimó oportunas en defensa de sus derechos, puntualizándose que las formuladas a la propuesta de resolución reiteran las ya formuladas a la propuesta de inicio del procedimiento sancionador. Por lo que respecta en concreto a las deducidas frente a la propuesta de resolución, no es imputable a esta Agencia el hecho de que las mismas tuvieran entrada en este Centro Directivo una vez transcurridos los quince días hábiles sobre el plazo concedido para ser formuladas y cuando la Resolución del procedimiento sancionador instruido ya había sido dictada.

De acuerdo con cuanto antecede, cabe señalar que, en ningún caso, ha existido indefensión material para el recurrente que, por el contrario, dispuso de los derechos y garantías previstas en el Ordenamiento Jurídico para la defensa de sus derechos.

En consecuencia, no se ha producido un menoscabo del derecho de defensa, por lo que no cabe entender que se haya producido la invalidez del propio procedimiento administrativo y menos aún de su resolución. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 1999, manifestó que *“...la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa...”*.

Por ello, cabe concluir, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia reiterada Tribunal Supremo (Sentencias de 12 de marzo y 25 de mayo de 1998, entre otras), que no procede declarar nula la Resolución impugnada por el motivo analizado porque no se ha producido una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, que incidiera en la resolución de fondo ni de forma que pudiera alterar su contenido, ya que no se ha causado indefensión, con lo que un retroceso de las actuaciones en nada alteraría los términos de la litis.

Interesa destacar que los hechos tenidos por probados, tanto en la Propuesta de Resolución como en la Resolución, son los mismos que motivaron la apertura del procedimiento sancionador, de modo que el recurrente conoció estos hechos en todo momento y tuvo la oportunidad de desvirtuarlos en varias ocasiones, según ha quedado expuesto.

Más aún, Tribunal Supremo ha mantenido que para que un acto pueda considerarse nulo por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, *“...han de concurrir los requisitos, como sostiene la [sentencia de 15 de octubre de 1997](#) de esta Sala y jurisprudencia precedente, (desde la sentencia de 21 de marzo de 1988) que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto, lo que no ha sucedido en la cuestión examinada, como en un*

asunto precedente también hemos reconocido: [STS de 10 de octubre de 2000](#), 3ª, 7ª, núm. 219/1999” (Sentencia de 17/10/2000).

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2006, dictada en el procedimiento ordinario 441/2004, al respecto de los errores formales advertidos por el actor, dispone lo siguiente: “...los defectos formales ... sólo tienen trascendencia cuando producen efectiva indefensión y que no tiene sentido acogerlos cuando carecen de trascendencia práctica alguna, dando lugar la anulación a tramitaciones inútiles y a dilaciones estériles”.

Por su parte el artículo 105.1 de la LRJPAC dispone que: “Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”

III

En relación con las manifestaciones efectuadas por D. **B.B.B.**, reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II y III de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

“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".

D. B.B.B. no ha aportado prueba documental que acredite el consentimiento de la denunciante, a la sazón, madre y representante legal de D. M.M.M., para llevar a cabo el tratamiento de datos personales realizado, antes bien, los documentos que obran en el procedimiento evidencian que aquél no contaba con su consentimiento inequívoco.

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por D. B.B.B. del consentimiento inequívoco de los denunciantes para ese tratamiento de datos personales en cuestión, 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".

Por tanto corresponde a D. B.B.B. acreditar que contaba con el consentimiento de la madre y representante legal de D. M.M.M., para el tratamiento de los datos personales realizado en la foto tomada y expuesta al público en general en el escaparate del establecimiento del imputado.

En el supuesto examinado y según ha quedado indicado, 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 de D. B.B.B. y que es responsable de dicha infracción al artículo citado, por lo que se

desestiman sus alegaciones al respecto.

III

Antes de continuar, para analizar con más profundidad los hechos que se imputan en el presente procedimiento, se hace necesario transcribir los conceptos de datos de carácter personal, fichero, tratamiento de datos y consentimiento que se acuñan en los apartados a), b), c) y h) del artículo 3 de la LOPD. De este modo, tenemos que:

“a) Datos de carácter personal: Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

c) 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.

(...)

h) Consentimiento del interesado: Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.”

De este modo, y centrándonos en el concepto de tratamiento de datos que la ley nos aporta, tendríamos que el tratamiento puede ser automatizado o no, y conlleva su recogida/captación, su cesión y, también, y no menos importante, su conservación, lo que permitiría su uso posterior en cualquier momento, mientras no exista un proceso de cancelación o, en su caso, bloqueo (no olvidemos que tratándose de una fotografía cuyo original obra en poder del imputado, su reproducción puede efectuarse en cualquier momento).

Más minuciosa es aún la Directiva 95/46/CE a la hora de enumerar las operaciones o procesos que constituyen tratamiento de datos y el propio Reglamento de desarrollo de la LOPD (artículo 5.t).

Lo mismo podríamos decir cuando se analiza el concepto de fichero, a la hora de hablar de almacenamiento de los datos.

En cuanto a la consideración de la imagen como dato de carácter personal, el Tribunal Constitucional, con la salvedad de que la sentencia citada más abajo viene a referirse a una cuestión estrictamente de colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, en su sentencia de 16 abril de 2007 (STC 72/2007) dice:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas sobre vulneraciones del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, y 300/2006, de 23 de octubre.

En lo que aquí interesa destacar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión



constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2).

Ahora bien, lo que no puede deducirse del art. 18.1 CE es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4), señaladamente las libertades de expresión o información [art. 20.1, a) y d), CE].

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que “la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél” (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6)” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)..

Las personas, por tanto, tienen el poder de decisión sobre la difusión de su propia imagen como dato personal, sin lugar a dudas, y merecedora de protección, pero un derecho que no es absoluto, que llegado el caso debe ceder llegado el caso ante la prevalencia de otros derechos y libertades también constitucionalmente reconocidos y protegidos, como por ejemplo es el de la libertad de información, expresión, propiedad intelectual, etc., ponderándose ello caso a caso.

Cabe rechazar lo alegado por el imputado en cuanto a que los hechos denunciados exceden el ámbito de aplicación de la LOPD, por cuanto, como ya se ha expuesto, la imagen

es un dato de carácter personal, y su recogida constituye un tratamiento (automatizado o no reza la LOPD). Asimismo se alude a la inexistencia de fichero cuando, tratándose de imágenes (fotografías), el imputado, la localización de una en concreto responderá a algún tipo de estructuración de fichero adoptada por el imputado. Respecto a los precedentes aludidos, en los mismos no se acreditó la existencia de fichero y por la propia naturaleza de los hechos probados no cabía inferir la necesaria existencia del mismo.”

IV

Los hechos probados en el procedimiento sancionador infieren la existencia de fichero como así señala la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 19/10/2010 al señalar. “La Directiva 94/46/CE define el fichero en su artículo 2 y nuestra Ley recoge tal concepto, en su artículo 3, como “b) Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”. Definición que debe ponerse en relación con la de tratamiento, que es siempre una operación o procedimiento técnico, esto es, sujeto a criterios preestablecidos, que son los propios del fichero donde los datos personales están contenidos o destinados. Así, todo fichero de datos exige para tener esta consideración de estructura u organización con arreglo a criterios determinados.” En concordancia con este criterio, el negativo de la fotografía obrante en poder del recurrente se ubica en un fichero que se incardina en las definiciones anteriores habida cuenta de que para la localización del negativo en cuestión se necesita, de una organización del fichero conforme a determinados criterios que hagan posible la misma.

V

Conforme al expuesto Fundamento de Derecho II, si bien no procede la nulidad de la resolución recurrida, si cabe estimar la revocación de la resolución de esta Agencia Española de Protección de datos de fecha 10 de diciembre de 2010, y asimismo desestimar el presente recurso de reposición a la fundamentación jurídica anteriormente expuesta en la medida de que el recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: REVOCAR la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 10 de diciembre de 2010, que desestimó el recurso de reposición formulado contra la resolución del procedimiento sancionador PS/00197/2010.

SEGUNDO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por D. **B.B.B.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 2 de noviembre de 2010, en el procedimiento sancionador PS/00197/2010.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **ESTUDIO FOTOGRAFICO USERO** (D. **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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Madrid, 25 de enero de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte