



Roj: **SAN 1801/2009 - ECLI:ES:AN:2009:1801**

Id Cendoj: **28079230012009100216**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2009**

Nº de Recurso: **106/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ELISA VEIGA NICOLE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Madrid, a veintidos de abril de dos mil nueve.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso

administrativo número 106/2008 interpuesto por la entidad "SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)",

representada por el Procurador don Alfonso Blanco Fernández, contra la resolución del Director de la Agencia Española de

Protección de Datos de fecha 21 de diciembre de 2007, dictada en el procedimiento sancionador 00175//2007, que impone a

dicha entidad una sanción de multa de 60.101,21 Euros, habiendo sido parte en autos la Administración demandada,

representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se ha fijada en 60.101,21 Euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la recurrente expresada se formuló recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 25 de febrero de 2008 contra la resolución anteriormente mencionada, habiéndose admitido a trámite por providencia de fecha 15 abril del mismo año, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora formuló demanda mediante escrito presentado el 12 de septiembre de 2008 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia que anule y deje sin efecto la resolución recurrida, con lo demás que en derecho proceda.

TERCERO.- El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda de fecha de 4 de diciembre de 2008, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, señalándose para votación y fallo el día 21 de abril de 2009, en el que se deliberó y fallo, habiéndose observado en la tramitación del recurso las prescripciones legales.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Elisa Veiga Nicole, quien expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de la Protección de Datos de fecha 21 de diciembre 2007 dictada en el procedimiento sancionador PS/00175/2007 que imponía a la entidad ahora demandante, una sanción de multa de 60.101,21 euros por una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal , tipificada como grave en el artículo 44.3.d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley .

SEGUNDO.- Se basa la resolución impugnada para apreciar dicha infracción, en los siguientes:

#### HECHOS PROBADOS

PRIMERO: D. Leovigildo y Dña. Adolfinia , con fecha 02/07/2005, realizaron la celebración su enlace matrimonial en el establecimiento "La Hacienda La Doma San José", gestionado por La Doma Cathering, S.L. (folios 9-11 y 255-257).

SEGUNDO: Con fecha 18/10/2007, D. Leovigildo y Dña. Adolfinia han ratificado que no autorizaron a la Sociedad General de Autores y Editores o a terceros a grabar o fotografiar imágenes de su enlace ni de su banquete nupcial (folio 252).

TERCERO: Con fecha 02/07/2005, DOMCA Investigadores realizó un informe a solicitud de la Sociedad General de Autores y Editores sobre La Doma Cathering, S.L., en el que se señala que indicaron a una empleada del establecimiento la necesidad de tomar imágenes en vídeo, tanto del recinto ferial como del salón de celebraciones, y bajo su consentimiento, "nos personamos el día 2 de julio tomando las imágenes oportunas" (folio 76).

CUARTO: En la demanda interpuesta por la Sociedad General de Autores y Editores contra La Doma Cathering, S.L. se señala que "se acompañan como documentos nº 4 a 9 publicidad del referido establecimiento, así como de documento nº 10 Informe de Detective, que lleva anejo una cinta de vídeo" (folio 59).

QUINTO: El Juzgado de lo Mercantil número 1, de Sevilla pronunció la sentencia nº 37/2006, de fecha 03/04/2006 , estimando la demanda presentada por la Sociedad General de Autores y Editores contra La Doma Cathering, S.L. En el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia se declara la ilicitud de la prueba aportada consistente en la grabación en vídeo de una boda celebrada en los locales de la entidad demandada (folios 96-99).

SEXTO: La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó Sentencia, con fecha 21/11/2006 , desestimando el recurso de apelación interpuesto por La Doma Cathering, S.L. (folios 126-135).

SÉPTIMO: En la visita de Inspección realizada en la Sociedad General de Autores y Editores con fechas 06/11/2006 y 13/11/2006, el representante de la entidad manifestó "Que este vídeo se encuentra archivado junto con toda la documentación relativa a la demanda" (folio 47).

OCTAVO: En la visita de Inspección realizada en la Sociedad General de Autores y Editores con fechas 06/11/2006 y 13/11/2006, los inspectores de la Agencia Española de Protección de Datos solicitaron la visualización del CD-ROM que se encuentra en el expediente y que es copia del aportado por la SGAE en el Juzgado, "verificando que se trata de una celebración en un local cerrado donde se distinguen imágenes de los asistentes a la misma, pudiéndose identificar a alguno de ellos" (folio 48).

NOVENO: Con fecha 22/10/2007, el Instructor de procedimiento visionó el CD-ROM aportado por la Sociedad General de Autores y Editores, comprobando que la imagen de Dña. Adolfinia aparece en varios momentos de la grabación, sin que se haya podido identificar a D. Leovigildo (folio 241).

En la citada resolución se señala que conforme a lo preceptuado en el artículo 2 y 3 de la LOPD , artículo 1.4 del Real Decreto 1332/94 y en el artículo 2.a) de la Directiva 95/46 la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley, tratamiento que requiere el consentimiento inequívoco del afectado, consentimiento que no se ha producido en el presente caso. Asimismo se recoge en la resolución impugnada que la actuación realizada por el detective privado contratado por la recurrente vulnera lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 523/92 pues como se recoge en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla "aun cuando se pudiera entrar en el local en el que se celebraba, la grabación de imágenes de quienes se encuentran allí, constituye una clara violación del derecho constitucional a la intimidad y a la propia imagen..."

TERCERO.- En la demanda se invocan como fundamento de la pretensión actora los siguientes motivos:

1º) La resolución recurrida es contraria a derecho por separarse inmotivadamente de la propuesta resolución, prescindiendo del trámite de audiencia con la finalidad de evitar la caducidad del procedimiento.



2º) La resolución recurrida es contraria a derecho por incurrir en una abierta incongruencia omisiva que genera indefensión ya que la misma no se ha pronunciado sobre todo los argumentos o criterios manejados o puestos de manifiestos por la recurrente.

3º) La resolución recurrida es contraria a derecho por cuanto no es aplicable al caso la Ley Orgánica 15/99, de lo que se deriva la nulidad por incompetencia y por vulneración de las exigencias del principio de tipicidad. La grabación que nos ocupa ni puede considerarse que contenga datos automatizados ni los mismos se destinan a integrarse en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas. Hay que diferenciar el derecho a la intimidad y a la propia imagen con el derecho a controlar los datos de carácter personal sin que pueda hacerse una interpretación extensiva y genérica de la LOPD.

4º) Con carácter subsidiario se considera que la resolución recurrida es contraria a derecho por vulnerar el principio de culpabilidad. La recurrente contrató a una agencia de **detectives** privados la averiguación de si un establecimiento dedicado a la organización de celebraciones empleaba música de la incluida en el repertorio cuya gestión corresponde a la SGAE. La recurrente ni especificó la forma, el medio o el modo en que la agencia contratada debía cumplimentar el encargo, siendo la decisión de grabar imágenes del detective privado. Asimismo la resolución impugnada no hace un análisis de las consecuencias del consentimiento otorgado al detective privado para efectuar la grabación, actuación que, por otra parte, se rige por su regulación específica.

5º) Igualmente con carácter subsidiario, se alega que la resolución recurrida es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ya que no se ha realizado la necesaria ponderación entre derechos fundamentales en colisión.

El Abogado del Estado aduce en la contestación a la demanda que la parte actora no niega en ningún momento haber tratado los datos personales de la denunciante y se opone a la pretensión actora por las siguientes razones: 1º) el hecho de que la resolución impugnada se separe de la propuesta de resolución, sin alterar los hechos probados contenidos en esta última, no determina la nulidad de la resolución impugnada pues es el órgano decisor quien determinará la sanción a imponer, sin que sea necesario el trámite de audiencia toda vez que la incoación del procedimiento sancionador fue por la presunta infracción del artículo 6.1 de la LOPD y la sanción impuesta no es de mayor gravedad; 2º) resultan acreditados los hechos declarados probados y la falta de consentimiento del denunciante para que sus datos personales pudieran ser tratados por la recurrente que usó una imagen de la denunciante sin su consentimiento; 3º) la grabación de imágenes, objeto de este pleito, vulnera los límites del artículo 19 de la Ley de Seguridad Privada como se deduce de la sentencia del Juzgado de Sevilla y, sin perjuicio de la sanción que con arreglo a dicha Ley de Seguridad Privada se puede imponer, tal actuación no se encuentra habilitada dentro del tratamiento de datos a realizar por parte de los **detectives** privados. Asimismo no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva pues una cosa es aportar pruebas al proceso y otra bien distinta es la creación de una prueba nueva que ha sido declarada ilegal por constituir una clara violación de derechos constitucionales; 4º) no se ha vulnerado el principio de culpabilidad en atención a la naturaleza y finalidad de la LOPD que impone una especial diligencia a la hora del tratamiento de datos de carácter personal, de forma que ninguna circunstancia concurre en el presente caso que permita excluir el elemento subjetivo de la infracción y menos aun afirmar que la entidad sancionada prestase la debida diligencia.

CUARTO.- Habiéndose alegado por la parte actora que no es aplicable al caso aquí enjuiciado la Ley Orgánica 15/99, procede examinar tal motivo de impugnación pues de prosperar haría innecesario el examen del resto de los motivos invocados.

Para un adecuado análisis de la cuestión planteada hay que partir de que la sanción objeto del presente recurso trae causa de un video filmado por un detective privado en un local dedicado a eventos sociales en los que se utilizan repertorios musicales cuya propiedad intelectual es defendida por la recurrente que, con la finalidad de acreditar tal extremo, contrató los servicios del detective privado y aportó como prueba ante el Juzgado Mercantil la filmación que permitía la audición de la música y, además, incluía una imagen en la que se podía identificar a una persona participante en un evento. La citada prueba fue declarada ilícita por el Juzgado Mercantil que señalaba "Pero, aun cuando su pudiera entrar en el local en el que se celebraba, la grabación de imágenes de quienes se encuentran allí, constituye una clara violación del derecho constitucional a la intimidad y a la propia imagen." Remitiéndose al contenido de la Ley Orgánica 1/1982.

Así, la cuestión primera a resolver es si la recogida de la imagen de una persona identificable en el CD, aportado por la recurrente a un procedimiento judicial y archivado con toda la documentación relativa al procedimiento judicial tramitado en el Juzgado Mercantil, constituye tratamiento de datos en sentido legal, determinante de la aplicación de la normativa propia de esta materia y su régimen sancionador, como ha entendido la Agencia Española de Protección de Datos.



La resolución impugnada, tras transcribir los artículos 1, 2.1 y 3 de la LOPD argumenta que la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada pues se considera dato de carácter personal "cualquier información concerniente a las personas físicas identificadas o identificables", y las grabaciones indicadas se ajustan a este concepto siempre que permita la identificación de la persona que aparece en dichas imágenes.

Es cierto, como afirma la Agencia, que la definición legal de tratamiento de datos hace referencia a cualesquiera "operaciones procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permita la recogida, grabación, conservación..." ( artículo 3.c de la Ley Orgánica 15/1999 ). Y, en esta misma línea, el artículo 2.b) de la Directiva 95/46 /CE define el tratamiento de datos personales como "cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuada sólo mediante procedimientos automatizados y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación..."

Podría sostenerse, atendidos los amplios términos de las definiciones de tratamiento de datos contenidos tanto en la Ley 15/99 como en la Directiva 95/46 que la recogida de la imagen de una persona contenida en un video se podría calificar como una operación o procedimiento técnico de recogida de datos, lo que asimismo constituiría tratamiento en sentido legal. Sin embargo, ya ha dicho esta Sala en su sentencia de 18 de diciembre de 2006 , que si cualquier recogida o uso de datos personales realizado de forma no automatizada constituyese tratamiento de datos en el sentido legal, a los efectos de la aplicación del régimen de protección, podría llegarse a situaciones de todo punto absurdas. De ahí que partiendo de las definiciones contenidas en la Ley 15/1999 y en la Directiva 95/46 /CE sea preciso fijar los contornos esenciales del concepto de tratamiento no automatizado de datos de carácter personal.

A estos efectos debemos partir inexcusablemente de lo establecido en el art. 3.1 de la Directiva, según el cual "Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero".

Aparece así en la propia Directiva una limitación del alcance del régimen de protección. Es preciso que los datos tratados (recogidos, conservados, utilizados...) estén contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, entendiendo por fichero "todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica" (art. 2.c) de la Directiva).

Esta limitación del alcance del régimen de protección cuando se trata de tratamientos no automatizados aparece formulada en términos similares en los Considerandos 15 y 27 del Preámbulo de la propia Directiva. El Considerando 15 recoge que los tratamientos que afectan a los datos de carácter personal sólo quedan amparados por la Directiva cuando están automatizados o cuando los datos a que se refieren se encuentran contenidos en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trata. Por su parte, el Considerando 27 del Preámbulo señala que la protección de las personas debe aplicarse tanto al tratamiento automático de datos como al tratamiento manual; que el alcance de esta protección no debe depender de las técnicas utilizadas, pues lo contrario daría lugar a riesgos graves de elusión; que no obstante, por lo que respecta al tratamiento manual, la presente Directiva sólo abarca los ficheros, y no se aplica a las carpetas que no están estructuradas; que, en particular, el contenido de un fichero debe estructurarse conforme a criterios específicos relativos a las personas, que permitan acceder fácilmente a los datos personales; que, de conformidad con la definición que recoge la letra c) del art. 2, los distintos criterios que permiten determinar los elementos de un conjunto estructurado de datos pueden ser definidos por cada Estado miembro; que, las carpetas y conjuntos de carpetas, así como sus portadas, que no estén estructuradas conforme a criterios específicos no están comprendidas en ningún caso en el ámbito de aplicación de la presente Directiva..

QUINTO.- No discuten las partes que los datos personales, en concreto la imagen contenida en el CD no fue incorporada a fichero alguno, conservándola la recurrente con el conjunto de la documentación aportado a un procedimiento judicial, conservación que no supone su inclusión en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a la persona identificable que permitan acceder fácilmente a sus datos personales. Es cierto que el Juez mercantil declaró ilícita la prueba y valoró que la misma podría suponer una vulneración del derecho fundamental a la intimidad, conforme a la regulación de la Ley Orgánica 1/1982, es decir, la vulneración del derecho fundamental contemplado en el artículo 18.1 de la Constitución , derecho fundamental con sustantividad propia respecto al regulado en el mismo artículo 18 apartado 4.

Así las cosas, atendiendo estrictamente a los mandatos contenidos en la Directiva Comunitaria de la que nuestra legislación es transposición, la conducta realizada por la recurrente no constituiría un tratamiento de



datos personales sujeto a su régimen de protección y consecuentemente sería atípica desde la perspectiva sancionadora.

Además, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, contenido en su artículo 2, tampoco es ajeno a la exigencia del archivo o fichero como requisito consustancial al régimen de protección. Según el apartado primero de este precepto la ley será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a todo uso posterior de estos datos por los sectores públicos y privados, añadiendo en su apartado 2 la exclusión de su régimen de protección de determinados ficheros (los ficheros de uso personal y doméstico, los relativos a materias clasificadas, etc...). Es decir, es preciso para que la ley se aplique que exista un soporte o base física, que necesariamente deberá estar organizado o estructurado con arreglo a determinados criterios que permita el tratamiento de los datos, esto es lo que la ley define como fichero. Sólo cuando estas dos circunstancias se dan -fichero de datos personales y posibilidad de tratamiento- la ley despliega sus efectos protectores.

Sin embargo, y como también decíamos en nuestra sentencia de 18 diciembre 2006, la precisión incorporada en el art. 3.1 de la Directiva para los tratamientos de datos no automatizados (que estén contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero) no aparece recogida en la definición de tratamiento contenida en nuestra ley Orgánica 15/1999 en su art. 3.c), cuyo tenor literal es: Tratamiento de datos: operaciones o 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. Ahora bien, la Directiva tiene un carácter interpretativo de las disposiciones nacionales, por lo que en caso de duda debemos realizar una interpretación conforme a la norma comunitaria y al conjunto del articulado de la LOPD.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de fecha 19 de septiembre y 1 de octubre de 2008 fija una doctrina interpretativa de tal precepto. En la primera sentencia citada se señala, respecto al contenido de los artículos 1 y 2 de la Directiva 95/46 CE "la redacción de esa Directiva, por lo que se refiere a la definición de ficheros en los términos expuestos, no presenta ninguna duda interpretativa, como tampoco lo hace el citado artículo 3.b) de la Ley Orgánica 15/99. No está de más en todo caso destacar que la redacción inicial de la Ley Orgánica 5/92, en concreto en su Exposición de Motivos, se establecía que "la Ley se nuclea en torno a lo que convencionalmente se denominan ficheros de datos" y que es la existencia de unos ficheros, y la utilización que de ellos pudiera hacerse, la que justifica la necesidad de la nueva frontera de intimidad y del honor, añadiendo que la Ley concibe los ficheros desde una perspectiva dinámica de tal forma que los concibe no sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como la globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se lleva a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal a que antes se refiere dicha Exposición de Motivos." Por su parte en la sentencia de 1 de octubre de 2008, tras referirse a los considerandos 15 y 27 de la Directiva 46/95, se añade "la propia Directiva 46/95 refiere el ámbito de la protección que regula al tratamiento del dato, y en relación tanto con los tratamientos automatizados como respecto a los que no lo estén, siempre que en este caso los datos estén contenidos o se destinen a encontrarse contenidos en un fichero, entendido éste como un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas que permitan acceder fácilmente a los datos personales."

Pues bien, en el presente caso la conducta de la recurrente no tiene encaje en el régimen de protección de la Ley Orgánica 15/1999, y por tanto no es susceptible de sanción alguna, ya que falta el elemento esencial del fichero. Los datos personales de la denunciante, en concreto su imagen, no fueron recogidos con intención alguna de ser incorporados a un fichero estructurado que permitiera posteriores tratamientos, sin perjuicio de que tal conducta pueda, en su caso, vulnerar el artículo 18.1 CE, como se recoge en la sentencia del Juzgado Mercantil.

Así las cosas, y sin necesidad de entrar a analizar el resto de los motivos de impugnación formulados por la recurrente, procede la estimación del presente recurso.

SEXO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no se aprecien motivos para una imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de procedente aplicación,

## FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad "SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)", representada por el Procurador don Alfonso Blanco Fernández, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 21 de diciembre de 2007, resolución que anulamos por no ser conforme a derecho; sin imposición de costas.



Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevara testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid, a

LA SECRETARIA

D<sup>a</sup> María Elena Cornejo Pérez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ