

Dictamen n^o: **85/13**
Consulta: **Consejero de Transportes, Infraestructuras
y Vivienda**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.03.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de marzo de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por A.A.F., sobre responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la utilización de su imagen en una campaña publicitaria de fomento del transporte público en la Comunidad de Madrid, sin su consentimiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda el día 26 de junio de 2012, la interesada reclama responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios supuestamente ocasionados, por la publicación de su imagen en una fotografía utilizada con fines publicitarios en diferentes medios de transporte de la Comunidad de Madrid sin su consentimiento.

Manifiesta la reclamante que *“no prestó su consentimiento para que su fotografía, y por tanto, su imagen se utilizara y publicitara por la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de*

Madrid”, además, en el momento de efectuarse la fotografía era menor de edad no emancipada.

Añade que la fotografía apareció por primera vez en septiembre de 2010, más tarde en mayo de 2011 y en la fecha de la reclamación, junio de 2012, continua publicitándose su imagen.

“En un primer momento no se efectuó reclamación alguna, ya que A.A.F. y sus familiares pensaron que se trataba de un error, si bien, debido a la continua publicación de su imagen sin su consentimiento y que en el momento de la captación y de la primera difusión [la interesada], era menor de edad no emancipada, es por lo que se efectúa la presente reclamación, ya que ha producido un daño continuado, voluntario y reiterado.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la trascendencia de la difusión de la imagen, en tanto que se ha hecho con fines publicitarios y en diversos medios de transporte de la Comunidad de Madrid”.

Solicita en concepto de indemnización la cantidad de treinta mil euros (30.000 euros) y que se tomen las medidas necesarias para que se produzca el cese con carácter inmediato de la divulgación de su imagen.

Adjunta copia del DNI, del volante individual de empadronamiento y dos fotografías tomadas de dos medios de transporte.

SEGUNDO.- La documentación obrante en el expediente pone de manifiesto los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del presente dictamen:

Según la reclamante, nacida en 1993, “*A finales del mes de abril, principios del mes de mayo de 2010*”, se efectuó un proceso de selección, para elegir candidatos que formaran parte de la campaña publicitaria del Consorcio de Transportes de la Comunidad de Madrid.

A tal fin se le efectuó una fotografía y una ficha en el intercambiador de Moncloa de Madrid, en las fechas mencionadas, informándole que se iba a hacer un proceso de selección y que si resultaba *“seleccionada se pondrían en contacto con ella”*.

Posteriormente vio su imagen en diversos medios de transporte desde septiembre de 2010 hasta la fecha de reclamación.

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y con lo establecido en el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

En fase de instrucción, con fecha 28 de mayo de 2012, el Área de Recursos y Asuntos Contenciosos de la Secretaría General Técnica, remite al Consorcio de Transportes de Madrid copia completa de la reclamación y solicita informe sobre el asunto.

El informe de secretario general del Consorcio de Transportes de Madrid, remitido con fecha 10 de julio de 2012 pone de manifiesto:

- Que las fechas en las que se llevó a cabo la campaña publicitaria no se corresponden con las que figuran en el escrito de reclamación.
- Que la reclamante fue convenientemente informada, con anterioridad a la captación de su imagen fotográfica, de la finalidad para la que se utilizaría la misma y que el uso de dicha imagen no comportaría retribución económica alguna.

- Que la interesada mostró su conformidad, otorgando su consentimiento expreso. Se acompaña copia del documento en el que la reclamante prestó su consentimiento, datado el 14 de diciembre de 2010 y cuyo tenor literal es el siguiente:

“El Consorcio Regional de Transportes de Madrid está realizando en el sistema de transporte público de Madrid una campaña denominada <<Tú eres el protagonista>>, en la que está prevista la captación, reproducción, publicación y difusión de imágenes de personas físicas identificadas o inidentificables, total o parcialmente, en cualquier soporte físico o virtual, utilizando cualquiera de los medios técnicos y tecnológicos conocidos en la actualidad, así como los que pudieran desarrollarse en el futuro.

Las imágenes captadas serán incluidas en un fichero de datos de carácter personal y tratados con la finalidad señalada en el párrafo anterior. El responsable del fichero es el Consorcio Regional de Transportes de Madrid, con domicilio en la Pza. Descubridor Diego de Ordás, n° 3, 28003 – Madrid.

[Datos de la interesada]... a través de la presente, DECLARA, haber sido informado de cuanto antecede y OTORGA SU CONSENTIMIENTO para el tratamiento de las imágenes captadas durante la campaña como datos de carácter personal.

El uso de la imagen que se regula en la presente declaración no está sujeta a retribución económica alguna”.

Mediante escrito registrado el 17 de agosto de 2012, notificado el día 22 del mismo mes, se remite copia del informe anterior a la interesada y se confiere trámite de audiencia. En el plazo concedido al efecto no consta la presentación de alegaciones.

El 17 de diciembre de 2012 por la jefa de la Sección II de Recursos y Asuntos Contenciosos, con el visto bueno del Subdirector General de Régimen Jurídico se formula propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- En este estado del procedimiento se realiza consulta por el consejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda, que ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 8 de febrero de 2013 y recibe número de expediente 65/13, por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 6 de marzo de 2013.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f)1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El presente dictamen, que no tiene carácter vinculante (artículo 3.3 LCC), ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC, cuyo término se fijó el 15 de marzo de 2013.

SEGUNDA.- Ostenta la reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado por la supuesta utilización publicitaria de su imagen sin su consentimiento

Por su parte, se encuentra legitimada pasivamente la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda, a la que se encuentra adscrito el Consorcio Regional de Transportes y este fue el promotor de la campaña publicitaria en cuyo contexto se exhibió la imagen de la reclamante y también el responsable del fichero de datos de carácter personal en el que quedó almacenada la fotografía de la interesada.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el artículo 142.5 LRJ-PAC establece el plazo de prescripción de un año, que debe computarse, tratándose de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sometido a dictamen la reclamante afirma que en el momento de presentarse la reclamación continuaba mostrándose su imagen, hecho que no ha sido desmentido por el Consorcio Regional de Transportes en la tramitación del expediente, el cual se ha limitado a afirmar que las fechas en las que se llevó a cabo la campaña publicitaria no se corresponden con las que figuran en el escrito de reclamación, pero no concreta de forma inequívoca en qué fechas se llevó realmente a cabo ni cuando finalizó.

Ante esta circunstancia, hemos de recordar que la Sala Primera del Tribunal Supremo viene manteniendo una reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de entender que “(...) *la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, por ello su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva*” (Sentencia de 19 de diciembre de 2001 -Recurso 2667/1997-).

Este criterio ha sido igualmente aceptado por la Sala Tercera respecto del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración en sentencias como la de 16 de noviembre de 2011 (Recurso 4522/2009) y 17 de julio de 2012 (Recurso 4152/2012), conectando esta interpretación restrictiva con el principio *pro actione*, así Sentencia de 25 de abril de 2005 (Recurso 6096/2001).

En línea con esta jurisprudencia, el Consejo Consultivo mantiene un criterio decidido respecto a que todo caso en el que la aplicación de la prescripción genere dudas debe resolverse en el sentido de considerar no prescrito el derecho a reclamar, así los dictámenes 571/11, de 19 de octubre; 601/11, de 2 de noviembre, 689/11, de 7 de diciembre y 703/11, de 7 de diciembre. Abundando en esta doctrina y puesto que en este caso de la tramitación del expediente no se revelan datos que contradigan la manifestación de la reclamante relativa a que en el momento de presentación de la reclamación, el 26 de junio de 2012 se seguía exhibiendo su imagen con fines publicitarios, hemos de considerar que la reclamación ha sido formulada en plazo.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este

precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Hemos de comenzar examinando si concurre o no algún daño para la reclamante. Ella invoca la existencia de un daño moral cuyo resarcimiento cuantifica en 30.000 euros. Dicho daño moral traería causa de una vulneración de su derecho a la imagen.

La Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia 437/2011, de 29 de junio (Recurso de casación 559/09) realiza un examen de la doctrina constitucional sobre el derecho a la imagen que reproducimos a continuación:

«El Tribunal Constitucional ha afrontado en diversas Sentencias (entre otras, SSTC 231/1988 (RTC 1988, 231); 99/1994 (RTC 1994, 99); 117/1994 (RTC 1994, 117); 81/2001 (RTC 2001, 81); 139/2001 (RTC 2001, 139); 156/2001 (RTC 2001, 156); 83/2002 (RTC 2002, 83); 14/2003 (RTC 2003, 14)) el alcance de este derecho, que se caracteriza como “un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada

por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc.-perseguida por quien la capta o difunde”. El TC declara que «se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. En resumen, el derecho a la propia imagen «garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad».

De la doctrina constitucional puede desprenderse que se ocasiona un daño moral siempre que se reproduce la imagen de una persona sin su consentimiento, no es necesario que concurren otros factores como la lesión del buen nombre o la violación de la vida íntima de la persona.

De acuerdo con lo expuesto, el daño moral derivado de la difusión de imágenes de la interesada sin su consentimiento, como ella expone en la reclamación, no exigiría prueba alguna, lo que supone una inversión de la regla general en materia de responsabilidad patrimonial que consiste en que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad

indemnizatoria, salvo los supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima, recae en quien reclama (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003, 30 de septiembre de 2003 y 11 de noviembre de 2004, entre otras). Por ello, este órgano consultivo no considera necesario, como exige la propuesta de resolución, que la interesada acredite “(...) *haber padecido una situación objetiva de ansiedad, depresión, angustia o algún tipo de sufrimiento psíquico o daño o alteración psicológica que traiga causa de las actuaciones llevadas a cabo (...)*”.

Sin embargo, tampoco cabe concluir si más que en el presente caso hay daño y ello porque un elemento determinante del daño moral ocasionado por la utilización de la propia imagen sin consentimiento de la interesada es, precisamente, la ausencia de consentimiento, como ha quedado expuesto en la doctrina constitucional citada más arriba

En este caso, como ha quedado de manifiesto en los antecedentes de hecho, la reclamante prestó su consentimiento para la utilización de su imagen con fines publicitarios, que es precisamente el uso por el que reclama.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen regula en su artículo 7 la intromisión ilegítima en estos derechos personalísimos y, respecto del derecho a la imagen, considera que existe intromisión ilegítima por:

- “*La captación, reproducción o publicación por fotografía o por filme o por cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos*” (apartado 5).

- *“La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”* (apartado 6).

La misma ley orgánica, en su artículo 2.2. dispone: *“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviera expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”*.

El expediente contiene el documento otorgado por la reclamante para consentir expresamente en la utilización de su imagen personal en una campaña publicitaria sin derecho a retribución económica alguna, por lo cual, ante la existencia de consentimiento no habría intromisión ilegítima en la imagen de la interesada ni existiría daño indemnizable. Además en el documento suscrito consta que la reclamante fue informada de la finalidad de la fotografía que se le tomó y de su posible utilización en una campaña publicitaria de transporte público de Madrid, así como que se incluiría en un fichero de carácter personal cuyo responsable sería el Consorcio Regional de Transportes.

En este punto es preciso atender a la alegación efectuada por la interesada relativa a una posible invalidez del consentimiento prestado puesto que cuando suscribió el documento de consentimiento era menor de edad.

La interesada ha aportado al expediente su DNI, en el que se verifica que su fecha de nacimiento es el 21 de agosto de 1993 y, puesto que el documento de consentimiento fue suscrito el 14 de diciembre de 2010, resulta indubitado que la interesada era menor de edad en el momento de firmarlo, por más que en el propio documento la reclamante afirmase ser mayor de edad.

En el ámbito de la protección del derecho a la propia imagen que ahora tratamos, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo dispone

que *“El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”*.

Como acertadamente expone la propuesta de resolución y es criterio compartido por este Consejo Consultivo:

«(...) la referencia del artículo 3.1 de la citada Ley a las condiciones de madurez del menor, debe relacionarse con los preceptos del Código [Civil] que especifican los actos que los menores no emancipados pueden realizar por sí solos, en concreto, el artículo 162 que describe aquellos actos que los menores pueden realizar por sí mismos sin actuar por medio sus representantes legales, señalándose en el número 1 del precepto “los actos relativos a la derechos de la personalidad” (entre los que se encuentra el derecho a la propia imagen) “u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”».

En este contexto resta por determinar si la interesada tenía madurez suficiente, pese a ser menor de edad, para prestar consentimiento.

El Tribunal Supremo en Sentencia 287/2003, de 26 de marzo, de su Sala Primera (Recurso de casación nº 2460/1997), expone:

«Además, a mayor abundamiento, el artículo 3.1 dispone que el consentimiento lo preste el menor si sus condiciones de madurez lo permiten, lo que coincide con el artículo 162, segundo párrafo, 1º, del Código Civil. No está claro si reunía las condiciones de madurez: la sentencia de instancia dice que “sufría un ligero retraso mental” pero no especifica y lo cierto es que ni estaba incapacitado ni el retraso era notorio; la sentencia de instancia deduce -no lo declara como hecho probado- que «no había tal madurez» de la situación de limitación por haber recibido dos días antes cinco puñaladas, pero tal deducción

no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y el joven de 14 años, de una vida -como el mismo relata- desgraciada y agitada, no permite negar unas claras condiciones de madurez, para consentir una entrevista por televisión».

De la sentencia dictada se desprende la atribución de madurez a un menor de 14 años para consentir una entrevista en televisión. Aplicando dicho criterio jurisprudencia al caso objeto de dictamen solo cabe concluir la madurez de la menor, de 17 de años en el momento de prestar el consentimiento y sin que haya efectuado alegación alguna de incapacidad.

La prestación de consentimiento por la menor en unas condiciones de madurez suficientes determinan la ausencia de daño indemnizable por la utilización de su imagen en una campaña publicitaria para el transporte público de Madrid.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por no concurrir daño indemnizable.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 6 de marzo de 2013