



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 120/2005

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de abril de 2005.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por B.G.D., por daños morales ocasionados como consecuencia de la publicación no autorizada de una fotografía de su hijo menor de edad en el folleto publicitario de la Campaña de Verano 2004 del Cabildo Insular de Tenerife (EXP. 79/2005 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, emitido a solicitud del Sr. Presidente Accidental del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución formulada en un procedimiento de responsabilidad por los daños causados con ocasión de la publicación de una fotografía de un menor en el folleto publicitario de la Campaña de Verano 2004 del Área de Juventud.

La legitimación del Sr. Presidente del Cabildo para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC).

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resulta de lo prevenido en el art. 11.1.D.e) LCCC, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones públicas de Canarias.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

En el presente expediente se cumple el requisito de legitimación activa del reclamante, menor de edad, que actúa a través de su representante legal, tal y como se acredita mediante la presentación de los DNI de ambos y del Libro de Familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración insular, porque a su actuación se imputa la generación del daño alegado.

En relación con el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, si bien no consta en el expediente la fecha de publicación del folleto en el que se reprodujo la fotografía ni el momento en que la interesada tuvo conocimiento del mismo, sí consta por medio del informe del Técnico de Juventud que el diseño previo del citado folleto fue solicitado a un diseñador el 18 de marzo de 2004, por lo que en cualquier caso la reclamación, presentada el siguiente 15 de junio, no puede ser calificada de extemporánea dado que la publicación del mismo hubo de producirse entre ambas fechas.

En el orden procedimental se ha dado cumplimiento a los trámites legalmente establecidos. En particular, se han requerido por el órgano instructor los informes necesarios en orden al esclarecimiento de los hechos en los que se basa la reclamación, y se ha otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la interesada, quien formuló alegaciones en el periodo concedido al efecto. No obstante, procede significar que se ha incumplido el plazo de resolución del procedimiento (arts. 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC y 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), lo que no está justificado, al no acordarse suspensión del procedimiento o ampliación del plazo indicado por el órgano instructor según la normativa aplicable, generándose una demora que no es imputable al interesado. Ahora bien, ello no obsta al cumplimiento de la obligación de resolver expresamente el procedimiento (arts. 41, 42.1, 2 y 3 y 43.1 y 4 LRJAP-PAC) y de que pueda entenderse desestimatorio el silencio administrativo producido (arts. 43.2 y 142.7 LRJAP-PAC).

II

1. El presente procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia el 15 de junio de 2004, mediante el escrito presentado por B.G.D. en el que reclama los daños producidos por la obtención, manipulación y publicación de una fotografía de su hijo

menor de edad en el folleto propagandístico de la Campaña de Verano de 2004 publicado por el Cabildo Insular de Tenerife. Según indica en su solicitud, no se otorgó por los progenitores ningún permiso ni verbalmente ni por escrito para la obtención de fotos del menor, ni para su manipulación ni publicación, resaltando el daño moral añadido de que, en dicha imagen, su hijo aparece sin ropa, así como que jamás ha participado en los campamentos que se anuncian y, por tanto, acompañar su imagen en un folleto alusivo le parece engañoso. Reclama por ello la inmediata retirada del folleto publicitario o la supresión de la foto, así como la puesta en contacto con ella para intentar llegar a un acuerdo amistoso a fin de resarcir los daños expuestos.

En escrito de subsanación de su solicitud, concreta que se le ha producido un daño moral al publicar una imagen del menor sin ropa, a lo que se añade el daño afectivo y psicológico que supone ver una foto de su hijo en poder de desconocidos que han hecho un uso indebido de su imagen y que han presentado su foto dando a entender que está participando en actividades de verano del Cabildo, cuando lo cierto es que nunca ha participado en ellas.

Por lo que se refiere a la valoración del daño, en el trámite de audiencia solicita la reparación moral del daño causado mediante respuesta escrita del Cabildo Insular a las siguientes cuestiones: Identificación del autor de la fotografía; finalidad de la toma de la misma; y existencia de más fotografías en poder de la Corporación o de su autor. Asimismo, solicita la devolución de los negativos de la fotografía, el abono de la cantidad de 42.070 euros y la dotación a su hijo de una beca de estudios y gastos de transporte y comedor hasta alcanzada la mayoría de edad en el colegio donde actualmente cursa sus estudios.

2. La Administración actuante, al día siguiente de presentada la solicitud, adoptó como medida cautelar y de forma inmediata la retirada del folleto en aquellos lugares públicos en que se difundió, lo que fue notificado a la interesada. Durante la instrucción del procedimiento fue recabado el informe del Técnico del Área de Juventud, quien indica que el 18 de marzo se solicita, dentro de los preparativos de la Campaña de Verano de 2004, el diseño previo del folleto informativo a un diseñador, quien pide que se le proporcionen fotografías de actividades realizadas en el año 2003 para ilustrar los folletos. A estos efectos se requiere a la Asociación A., que fue adjudicataria de varias actividades en el año 2003, para que proporcionara

una serie de fotos a fin de que escoger las apropiadas. El Técnico informante manifiesta, además, que tras el escrito de reclamación presentado por la interesada, puestos de nuevo en contacto con la Asociación, ésta tras las comprobaciones pertinentes informa que se habían mezclado fotos de las actividades del Cabildo con fotos realizadas en actividades para otras entidades (en este caso, para el Ayuntamiento de Santa Cruz).

A la vista de lo expuesto, por el órgano instructor se recaba informe tanto a la Asociación A. como al Organismo Autónomo de Cultura del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

En el informe de A. se indica que realiza fotografías de todas las actividades que lleva a cabo con el fin de tener una memoria gráfica de las mismas. En el caso de los talleres de verano, presenta al citado Organismo Autónomo municipal una memoria gráfica, en forma de CD, que contiene imágenes de las citadas actividades. Se informa asimismo que cada año cede por cortesía fotografías de actividades organizadas por el Cabildo para la confección del folleto, así como que la fotografía que aparece en el folleto ha sido tomada en los Talleres de Verano organizados por el Organismo Autónomo del Ayuntamiento. Finalmente se señala que el publicista contratado por el Cabildo para realizar este trabajo equivocó los álbumes y eligió fotografías pertenecientes a los Talleres de Verano organizados por aquel Organismo Autónomo.

Por su parte, el Organismo Autónomo del Ayuntamiento remite escrito al Cabildo en el que se señala que no se puede identificar la actividad en la que supuestamente se tomó la fotografía, así como que en ninguno de los contratos firmados con A. en los últimos años se les autoriza a la toma de las mismas.

III

1. El art. 18 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la propia imagen, que tiene por finalidad preservar la dignidad de la persona, salvaguardando una esfera de propia reserva personal frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros (STC 99/1994) a los cuales les está vedado por consiguiente la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo que medie su expreso consentimiento o, tratándose de menores o incapaces, el de sus representantes legales (arts. 7.5, 2.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de

mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen).

En el presente expediente consta acreditado que la reproducción de la fotografía en el folleto publicado fue llevada a cabo sin la necesaria autorización de los progenitores del menor, por lo que se ha producido una intromisión ilegítima por parte de la Administración insular en el derecho del menor a su propia imagen. De ello deriva sin más (art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982) la realidad de un daño moral individualizado que el interesado no tiene el deber de soportar y que es susceptible de ser valorado económicamente.

Además, este daño deriva de un funcionamiento anormal de los servicios administrativos insulares, que no procedieron con anterioridad a la utilización de la fotografía a la comprobación de que constara la pertinente autorización de los representantes legales del menor. Concorre por consiguiente el necesario nexo causal entre la actividad administrativa y el resultado lesivo.

Procede por consiguiente estimar, como así lo reconoce la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente, la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por otra parte, y como ha recordado el Consejo de Estado en su Dictamen 3.054/2001, de fecha 10 de enero de 2002, hay plena compatibilidad entre la tutela civil del derecho fundamental prevista en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, y la vía escogida por la reclamante, toda vez que “el proceso a seguir sería el mismo conforme al art. 144 de la Ley 30/1992, y la posible discrepancia carece de mayor relevancia por cuanto la Ley 4/1999 ha completado el proceso de unificación del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”.

2. Por lo que respecta a la valoración del daño causado, se estiman adecuados los criterios sustentados en la Propuesta de Resolución, así como el importe de la indemnización, pues se ha cuantificado atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se ha tenido en cuenta la limitada difusión del medio a través del que se ha producido y el hecho de que no se ha obtenido beneficio económico alguno como consecuencia de la misma, criterios que encuentran acogida en lo previsto en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982.

Por lo demás, se ha motivado debidamente la denegación de las informaciones acerca de la autoría de la fotografía y de los negativos de la misma, así como de la

concesión de la beca solicitada, pues ésta responde a fines diferentes y sólo procede su concesión de acuerdo con los criterios legalmente establecidos.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, al haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por la reclamante. Y todo ello con aplicación de lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC, por la tardanza en resolver no imputable a la interesada.