

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 18 Mar. 2024, Rec. 710/2022

Ponente: Menéndez Rexach, Eduardo

Ponente: Menéndez Rexach, Eduardo.

LA LEY 75704/2024

ECLI: ES:AN:2024:1739

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Protección de datos personales. Rebaja de la sanción impuesta a un hotel por el cotejo realizado por el personal de servicio de la fotografía obtenida del pasaporte o documento identificativo de identidad del huésped con la finalidad de verificar la identidad del cliente cuando realizan consumos en el establecimiento. Inexistencia de un interés legítimo por parte del hotel al no existir consentimiento específico por parte de huésped para el fin concreto del tratamiento de datos. Falta de concurrencia de algunas de las circunstancias agravantes apreciadas en la resolución como criterio para graduar la sanción y presencia de circunstancias atenuantes en la responsabilidad. Moderación del importe de la multa.

La AN estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de datos que impone a la mercantil recurrente una sanción de 30.000 euros, la anula en cuanto a la cuantía de la multa impuesta que se fija en 15.000 euros y la confirma en el resto.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000710 /2022

Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:03176/2022

Demandante:MARINS PLAYA SA

Procurador:D. JOSÉ ANTONIO CABOT

Letrado:D. JUAN JOSÉ TALENS

Demandado:AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Abogado Del Estado

Ponente IImo. Sr.: D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

SENTENCIA Nº :

IImo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Marins Playa SA, representada por el Procurador D. José Antonio Cabot**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción en materia de protección de datos. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Iltmo. Sr. D. Eduardo Menéndez Rexach.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos y es la Resolución de 3 de enero de 2022.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se inadmitiera el recurso o que se desestimara y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia del actor, con el resultado que obra en autos; una vez finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 20 de febrero de 2024 en el que, efectivamente, se votó y falló.

II . FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso tiene por objeto la Resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de 3 de enero de 2022, que impone a la recurrente una sanción de 30.000 euros por una infracción del [artículo 6 del Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), tipificada en el [artículo 83.5.a\) del RGPD](#) y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el [artículo 72.1.b\) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales](#) (en adelante, "LOPDGDD") y se le requiere para adoptar las medidas necesarias para adecuar su actuación a la normativa de protección de datos personales.

SEGUNDO.- La demandante solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada, así como todos los actos originadores, derivados y consecuentes de la misma; subsidiariamente, que se disminuya la sanción impuesta, por cuanto no concurren las agravantes apreciadas en la resolución.

En defensa de su pretensión alega que la denuncia se presentó ante la autoridad holandesa de protección de datos, por un ciudadano de ese país cliente del hotel pero, inicialmente, la AEPD consideró que el tratamiento de los datos estaba amparado por el [artículo 6.1.f\) RGPD](#) y sólo cuando dicha autoridad manifestó sus objeciones, decidió iniciar un procedimiento sancionador, al que puso fin la resolución impugnada; en el transcurso de ese procedimiento la demandante presentó alegaciones y aportó toda la información requerida por la AEPD.

Fundamenta sus alegaciones en los siguientes motivos:

a) **el tratamiento de datos personales objeto de sanción, consistente en el cotejo de la fotografía**

obtenida del pasaporte o documento identificativo de identidad del huésped, en base al interés legítimo de MARINS PLAYA, S.A en evitar el fraude, está amparado por el artículo 6.1 f) del RGPD, ya que existe un interés legítimo del responsable del tratamiento, que es la prevención del fraude, en los términos descritos en el propio Considerando 47 del RGPD y así lo consideró inicialmente la propia AEPD; se realizó una ponderación de intereses entre los derechos del interesado y los de la demandante y se determinó que el impacto en los del demandante eran limitados porque preexiste una relación contractual y el tratamiento se realiza en conexión con dicha relación; la medida de seguridad beneficia a los propios clientes al garantizar la correcta imputación de los cargos a su habitación y evitar posibles suplantaciones; el acceso a su imagen es restringido al personal del hotel; y el plazo de conservación de su imagen queda limitado al tiempo de su estancia; además, el huésped puede ejercer su derecho de oposición al tratamiento de sus datos y así se prevé e informa en la Política de Privacidad colgada en el establecimiento; así, el huésped adquiere dicha condición, con la expectativa razonable de recibir la prestación del servicio contratado y, por su parte, el hotel ostenta ese interés legítimo en prevenir el fraude, dentro de cada tratamiento de datos que deriva de la operativa a la que responde la actividad hostelera. En cuanto al principio de minimización, únicamente se recoge el dato estrictamente necesario para realizar el tratamiento cuya finalidad es la prevención del fraude. En este caso, la imagen del interesado que figura en su documento de identificación se usa para cotejar su identidad de la única forma que es posible que limite el fraude y, como se ha expuesto anteriormente, el plazo de conservación del dato se prolonga sólo durante la estancia del interesado en el hotel, procediéndose a su cancelación cuando finaliza la estancia.

Sobre la necesidad de llevar a cabo el tratamiento consiste en que no se puede lograr el objetivo perseguido de otro modo ya que la imagen es el único dato capaz de ser cotejado y servir de manera efectiva a la necesidad de prevención del fraude por lo que el tratamiento es idóneo y proporcional y las alternativas señaladas en la objeción de la autoridad holandesa (solicitud de apellido o número de habitación, la firma de un recibo) no permite satisfacer esa necesidad. Finalmente, el tratamiento de la imagen del huésped con fines de prevención de actuaciones fraudulentas produce un beneficio claro en el propio interesado, al evitar un uso fraudulento de la tarjeta por parte de terceros y posibles suplantaciones de identidad e impedir que se cause un grave perjuicio económico al huésped. El mayor riesgo para éste es el acceso indebido por parte del personal a los datos recogidos, especialmente a la fotografía. En este sentido, cabe remarcar que no se realizará tratamiento alguno de categorías especiales de datos, porque no se extraen patrones biométricos y que para mitigar ese riesgo, la demandante ha adoptado medidas como la limitación del acceso a la imagen del huésped únicamente al personal autorizado a cargar los consumos o servicios a la habitación, que la imagen guardada es suprimida, definitivamente, al finalizar la estancia del huésped en el hotel, salvo que sean necesarios los datos para atender a reclamaciones, procedimientos judiciales o administrativos o asimilados y que el personal autorizado a cargar consumos o servicios a las habitaciones dispondrá de credenciales individualizadas para activar el lector de tarjetas magnéticas que se irán actualizando periódicamente, personal que recibe las normas y políticas de privacidad de la empresa en la que se explica de manera clara y fácil las razones por las que creen que el interés de Marins Playa, S.A. prevalece sobre los intereses o los derechos y las libertades fundamentales de los interesados, y también se explicarán las garantías que se han adoptado para proteger su imagen, facilitando además el ejercicio del derecho de oposición del interesado a lo que hay que añadir que los datos que se tratan **no son datos de naturaleza especialmente sensible**. Por todo ello considera que el acto incurre en la causa de nulidad del [artículo 47.1 a\)](#) y [47.2 de la ley 39/2015](#).

b) La demandante ha actuado con la diligencia debida pues el RGPD en su Considerando 74 establece que la diligencia exigible al responsable del tratamiento es la aplicación de medidas oportunas y eficaces, que tengan en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como el riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, lo que pasa por instaurar

medidas técnicas y organizativas apropiadas para asegurar su conformidad con el Reglamento, como exigen los [artículos 24, 25 y 28 RGPD](#). En este sentido Marins Playa SA se acoge a la base legitimadora que a este efecto, el de prevención del fraude señala como idónea el propio RGPD, es decir, el **interés legítimo** y, en base a las circunstancias particulares del mismo, implanta una serie de medidas técnicas y organizativas adecuadas, por lo que los hechos que motivan la sanción no constituyen infracción administrativa alguna, por haberse adoptado las pertinentes medidas organizativas y técnicas adecuadas, así como las garantías adicionales correspondientes, evidenciando las mismas una clara actuación diligente por parte de MARINS PLAYA, S.A., hecho que es incompatible con que se le impute infracción alguna.

c) En cuanto a las alternativas planteadas por las autoridades de control versan, por un lado, sobre la base legitimadora por la que debió optar MARINS PLAYA, S.A, en contra de la propia literalidad del RGPD y, por otro, otras son sugerencias de posibles tratamientos que al parecer de la administración autora de la presente resolución, servirían para cumplir con la finalidad objeto del tratamiento, es decir, con la prevención del fraude. Exigir el consentimiento, como dice la Resolución sancionadora, en base al riesgo potencial que entraña el tratamiento de la fotografía en la generalidad de los establecimientos hoteleros carece de todo fundamento jurídico, por no haber sido así previsto por el legislador en ninguno de los textos legales aplicables a esta materia. En suma, se pretende imponer el criterio de la autoridad de protección de datos sobre la materialización potencial de este tratamiento jurídico en entidades ajenas a MARINS PLAYA y pretender que el mismo se aplique a la práctica, al margen de lo previsto en la legislación aplicable. **En cuanto a las sugerencias los datos que propone en sustitución de la fotografía, son insuficientes para confirmar que el poseedor de la tarjeta ostenta el derecho a utilizarla y, a mayor abundamiento, son fácilmente susceptibles de intercepción por parte de los interesados en llevar a cabo cualquier acción fraudulenta, por lo que es un método que deviene ineficaz para la efectiva prevención del fraude,** especialmente en un establecimiento hotelero en el cual conviven distintos regímenes de alojamiento; en lo que respecta a la firma de un recibo, hay que tener en cuenta que es una medida que no previene el fraude (posibilidad que expresamente legitima el propio Considerando 47 del RGPD), sino que meramente genera una eventual prueba, que con toda probabilidad requerirá cotejo pericial, en un procedimiento judicial al que se obliga a acudir, si aplicamos el sistema que se nos sugiere en la resolución, endosándose una carga económica innecesaria al establecimiento turístico y al interesado; en cuanto al bloqueo de la tarjeta no es una medida apta para prevenir el fraude por cuanto constituye un mero recurso adicional del establecimiento para intentar evitar que el daño, que ya se ha producido continúe en aumento, pero no tiene una capacidad efectiva ni real de prevención del mismo.

d) En cuanto al procedimiento seguido, no estamos ante una variación de valoración jurídico-técnica, sino ante la adherencia al criterio de otra entidad de control con un criterio absolutamente opuesto a la manifestada por la AEPD. A mayor abundamiento, dicho planteamiento tinta de absoluta inseguridad jurídica el escenario en el que nos vemos obligados a ser partícipes, por cuanto sobre unos mismos hechos, la AEPD concluye que no existe motivo alguno para el inicio de procedimiento sancionador, pero inicia el mismo igualmente, dejándose llevar erróneamente por lo propuesto por la AP, que se extiende más allá de la literalidad del propio RGPD y acoge conjeturas sobre riesgos potenciales de extenderse la práctica. El acto es nulo porque la apertura del procedimiento sancionador está prevista para los casos en que las diligencias previas de investigación evidencien la pertinencia del mismo, no siendo éste el caso que nos ocupa, por cuanto la propia AEPD estimó procedente archivar el presente procedimiento y se inició, a pesar de lo anterior, procedimiento sancionador.

Subsidiariamente, de entenderse cometida dicha infracción, rechaza la existencia de las circunstancias agravantes apreciadas en la Resolución y entiende que la sanción impuesta debe ser reducida, teniendo en cuenta el bajo nivel de gravedad de los hechos en este caso, en aplicación de

las Directrices 04/2022 sobre la imposición de multas administrativas en el marco del RGPD.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que la resolución es conforme a derecho al apreciar que el tratamiento de los datos del pasaporte, en el registro del denunciante en el hotel, se encuentra amparado en el [artículo 6.1.c\) del RGPD](#), al estar previsto legalmente su envío a las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado en cumplimiento de la normativa vigente, por lo que no es objeto de sanción; **sin embargo, el que efectúa el establecimiento hotelero de la fotografía de los clientes para comprobar su**

identidad con ocasión de los consumos efectuados en el recinto no puede ampararse en la existencia de un interés legítimo del artículo 6.1.f) RGPD, pues la demandante no ha justificado este interés legítimo de forma suficiente para permitir la prueba de ponderación entre el interés del responsable y los derechos del interesado, necesaria para determinar la licitud de los tratamientos llevados a cabo.

En este caso, además, no consta que la citada entidad haya realizado esa prueba de ponderación y haya informado debidamente al reclamante sobre esta base legitimadora. En cuanto a la pretensión subsidiaria, remite a los fundamentos de la resolución sancionadora en el que se razona la concurrencia de cada una de las agravantes apreciadas. Por todo ello solicita la desestimación del recurso.

CUARTO.- El presente procedimiento tiene su origen en una denuncia presentada ante la autoridad de protección de datos (APD) de los Países Bajos por un tratamiento de los datos personales de un ciudadano de ese país realizado en un hotel de Mallorca, propiedad de la ahora demandante. La denuncia hacía referencia a que en el proceso de registrarse en el hotel él y su esposa sus pasaportes fueron escaneados y se guardaron digitalmente sus copias, ante lo que protestó y ofreció hacer una copia por medio de una aplicación en que determinados datos no son perceptibles; el empleado de la recepción del hotel le dijo que para registrarse necesitaba una copia completa y ante su negativa, el Director del establecimiento le dijo que tenían que escanear los pasaportes por exigirlo así la policía; durante su estancia en el hotel pidieron unas bebidas y comprobó que en la tableta utilizada por el camarero se podía ver su foto y que el personal del hotel tenía acceso a sus datos.

La denuncia fue trasladada a la Agencia Española de Protección de Datos en aplicación de lo dispuesto en el [artículo 58.1 y 60 y siguientes del Reglamento \(UE\) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la [Directiva 95/46/CE](#) (RGPD), sobre cooperación y coherencia entre dichas autoridades; **inicialmente la Agencia española, tras la práctica de unas actuaciones de investigación, realizó un proyecto de resolución de archivo de las actuaciones por considerar que el tratamiento realizado estaba legitimado y era proporcionado y acorde con la normativa sobre protección de datos personales. La autoridad de control holandesa, interesada en el procedimiento, formuló objeciones al proyecto, admitiendo que el tratamiento de datos recogidos en el pasaporte sea necesario para el cumplimiento de la legislación nacional y por tanto, lícito, conforme al artículo 6.1.c) RGPD, pero cuestiona la existencia de un interés legítimo (artículo 6.1.f) del Reglamento) por parte del hotel, entendiendo que existen medidas menos intrusivas para verificar si el titular de la tarjeta magnética es el legítimo titular en el momento del pago y así evitar que las tarjetas se utilicen de forma fraudulenta, medidas que son más acordes con el principio de minimización de los datos (artículo 5.1.c) RGPD).**

En vista de lo anterior la AEPD decidió tener en cuenta las objeciones formuladas y con base en ellas revisar la decisión anterior e iniciar un procedimiento sancionador contra la demandante, en el que ésta presentó alegaciones frente a esta decisión, así como frente a la propuesta de resolución, adoptando, finalmente la resolución que se impugna en este recurso mediante las alegaciones y fundamentos antes resumidos.

QUINTO.- La resolución impugnada considera la existencia de una infracción del artículo 6 RGPD calificada como muy grave a efectos de prescripción por el artículo 72.1.b) de la L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) y le impone una sanción de 30.000 euros; contiene una declaración de hechos probados de los que ahora cabe destacar los siguientes:

"2. Para el registro de clientes (check-in), en el momento de la llegada de éstos al hotel, solicita la documentación identificativa y la somete a un proceso de escaneo que posibilita la digitalización de textos (el proceso identifica automáticamente los caracteres de un determinado alfabeto y los almacena en forma de datos), mediante un programa informático de reconocimiento óptico de caracteres (OCR). Este proceso convierte la imagen en texto e incorpora los datos al programa de gestión hotelera, cumplimentando la "ficha del cliente" o "parte de entrada de viajeros", con campos relativos a número, tipo y fecha de expedición del documento de identidad presentado, nombre y apellidos, sexo, fecha y país de nacimiento. Este proceso aplicado por la entidad reclamada también incorpora a su base de datos la fotografía del cliente.

En este momento se facilita al cliente una tarjeta magnética que puede utilizar tanto para el acceso a la habitación como para hacer uso de los servicios del hotel.

...

3. Los datos recabados del cliente por MARINS PLAYA son tratados por el personal de administración y de servicios (bar y comedor); y son remitidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cumplimiento de la normativa de seguridad ciudadana.

El personal de servicios utiliza un dispositivo que tiene incorporada información relativa a los clientes: en el apartado "Datos de la reserva" incluye el número de habitación, número de la reserva, número de personas y fecha de salida; en el apartado "Componentes de la reserva" se indica el nombre y apellidos de la persona, régimen, tipo de VIP y número de visitas, además de la fotografía del cliente.

La entidad MARINS PLAYA ha manifestado que la imagen con la foto del cliente se utiliza para facilitar al personal del hotel la identificación del cliente que está haciendo uso de la tarjeta del crédito o habitación (en el momento de realizar un consumo, el cliente facilita esa tarjeta al empleado, quien, al pasarla para realizar el cargo, puede comprobar la fotografía), así como para controlar el acceso al establecimiento.

...

6. MARINS PLAYA ha aportado a las actuaciones el detalle sobre la información en materia de protección de datos (política de privacidad) que facilita a través de su web. En esta información, nada se indica sobre la utilización de la fotografía del cliente para el control de los consumos y evitar el uso fraudulento de las instalaciones.

La denuncia comprende dos hechos: el primero consiste en el escaneo de la página del pasaporte que contiene los datos personales (número, fecha y tipo del documento de identidad, nombre, apellidos, sexo, fecha y país de nacimiento) y la fotografía del denunciante, que son remitidos a las Fuerzas de seguridad del Estado en cumplimiento de la obligación establecida por la L. O. 4/2015 (artículo 24) de Protección de la Seguridad Ciudadana y disposiciones complementarias; la resolución considera que esta norma legitima la recogida de los datos personales con la finalidad prescrita al estar contemplada por el artículo 6.1.c) RGPD que considera lícito el tratamiento cuando " es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento" . En el Proyecto de decisión revisado, remitido a la Autoridad holandesa, ésta no manifestó objeción alguna en este punto por lo que, excluida la infracción por este hecho también en la resolución impugnada por los razonamientos que expone, no son necesarias mayores consideraciones al respecto.

La infracción queda pues limitada al segundo hecho de la denuncia, es decir, la incorporación de los

datos del cliente (número de habitación y de la reserva, número de personas y fecha de salida; nombre y apellidos de la persona, régimen, tipo de VIP y número de visitas, además de la fotografía del cliente), a los dispositivos empleados por el personal de servicio del hotel que se utiliza para verificar la identidad del cliente cuando realizan consumos en el hotel.

La consideración de que, aunque en principio el interés expresado por el responsable del tratamiento, que es evitar el uso fraudulento de la tarjeta facilitada al cliente durante su estancia en el Hotel que incorpora sus datos, puede considerarse legítimo y amparado por el artículo 6.1.f) RGPD (" f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño"), y así lo recoge también expresamente el Considerando 47, hay que realizar un juicio de ponderación entre este interés y los del interesado, que ..."podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior". Así resulta además, con carácter general de la aplicación del principio de minimización de datos (artículo 5.1. c)), que informa la materia y conforme al cual "Los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación a los fines para los que son tratados (minimización de datos)", y así lo ha declarado el TJUE en su sentencia de 1 de agosto de 2022, C-184/20.

Este juicio de ponderación no se ha llevado a cabo por parte de la demandante adecuadamente y de forma ajustada a lo establecido. Ello es así porque no se informó debidamente al titular de los datos de la finalidad del tratamiento de la fotografía, como se recoge en el hecho probado Sexto, pues la "Política de privacidad del Hotel Marins Playa", en la que se informa del tratamiento de la foto y su finalidad de controlar los cargos de los consumos realizados en el establecimiento, no está fechada y se presentó con el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución fechado el 12 de diciembre de 2021; en la documentación presentada por la demandante en el período probatorio del procedimiento sancionador no figura ninguna mención concreta al respecto. En esas condiciones no resultaba posible realizar el juicio de ponderación entre el interés legítimo alegado por el establecimiento para controlar los consumos y evitar el fraude y los derechos del denunciante a la intimidad y a la protección de datos personales, para determinar si concurrían las restantes condiciones inherentes a ese principio, es decir, la pertinencia de las medidas y su adecuación, considerando las posibles alternativas menos intrusivas y valorándolas en relación con la finalidad perseguida; más bien el denunciante se opuso al escaneo de su pasaporte y sólo fue consciente de que su foto aparecía en el dispositivo de los empleados al ir a pagar una consumición, lo que prueba que ni había prestado el consentimiento, ni había sido informado.

En conclusión el tratamiento, no consentido por el titular de los datos, no estaba amparado por el artículo 6.1.f) RGPD y, por tanto, no puede considerarse lícito. Como se lee en el documento "Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679" del Comité Europeo de Protección de datos, citado en la resolución, el responsable del tratamiento que busque el consentimiento para varios fines distintos debe facilitar la oportunidad de optar por cada fin, de manera que los usuarios puedan dar consentimiento específico para fines específicos y, en este caso, sólo se facilitó información, a petición del cliente, respecto de la finalidad del escaneo de la página de su pasaporte que contenía los datos personales y la fotografía. Concurren pues los elementos integrantes de la infracción del artículo 83.5.a) en relación con el artículo 6 RGPD, como apreció correctamente la Resolución impugnada.

SEXTO.- Pa ra graduar la sanción la Agencia aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes siguientes:

1) Artículo 83.2 a): considera la duración de la infracción que sitúa desde la fecha de entrada del

denunciante en el hotel hasta la actualidad, el número de interesados, todos los clientes de la entidad y la naturaleza de los perjuicios causados a los interesados, que han visto incrementado el riesgo en su privacidad.

2) Artículo 83.2.b), intencionalidad o negligencia en la infracción; para apreciar esta agravante considera que, al tratarse de una empresa que realiza tratamiento de datos personales de sus clientes de manera sistemática y continua, por lo que debería extremar el cuidado; añade que no ha tomado ninguna medida para subsanar la irregularidad de su actuación de la que ha tenido conocimiento en varias ocasiones durante la tramitación.

3) Artículo 83.2d): la entidad no tiene establecidos procedimientos adecuados actuación en la recogida y tratamiento de datos, lo que más que una anomalía en el funcionamiento es un defecto del sistema de gestión de los datos personales.

4) 83.2.g) Las categorías de datos afectados, por entender que la fotografía, sin entrar en una categoría especial de las mencionadas en el [artículo 9 RGPD](#), sí tiene una naturaleza especialmente sensible, porque permite la pronta identificación de los interesados y aumenta los riesgos sobre su privacidad, especialmente cuando se registra asociada a todos los que constan en el documento de identidad del titular, como ocurre en este caso.

5) Artículo 83.2.k), cualquier otro factor atenuante o agravante aplicable a las circunstancias del caso, como lo beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, apreciando en esta agravante la condición de mediana empresa y volumen de negocio.

Aprecia otras dos agravantes, éstas de la [LOPDGDD](#):

6) Artículo 76.2. a): carácter continuado de la infracción pues el tratamiento se aplica a todos los clientes durante el período señalado.

7) Artículo 76.2.b): la alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos, considerando la actividad que desarrolla en el sector hotelero y su volumen de actividad para lo que remite al Antecedente Quinto.

Aprecia por otra parte una única atenuante:

1) Artículo 83.2.k) tiene en cuenta la finalidad pretendida de evitar fraudes y que no se ha acreditado otro uso distinto de ese dato personal.

Una consideración de carácter general en relación con las circunstancias estimadas consiste en que los elementos de hecho que pueden dar lugar a su apreciación han de constar en la resolución, normalmente en los Hechos Probados. **No es posible apreciar una circunstancia basada en el número de personas afectadas cuyos datos han sido tratados, sin tener una idea aproximada de cuántas puedan ser, para lo que no hay datos en los hechos de la Resolución siendo insuficientes los mencionados en el Antecedente de Hecho Quinto. Tampoco afirmaciones genéricas como la condición de mediana empresa o su volumen de negocio, sin mayores explicaciones, integran los elementos para considerarla como agravante**, de lo que se exponen ejemplos más concretos en el artículo 83.2.k).

En relación con las circunstancias concretas, se observa lo siguiente:

1) Respecto de la duración de la infracción se estima que el tratamiento es continuo al menos hasta el momento de dictar la decisión que pone fin al procedimiento; sin embargo, consta en las actuaciones, y lo recoge la resolución, que en las alegaciones a la propuesta de resolución se presentó un documento -"Política de privacidad del Hotel Marins Playa" en que se informaba del tratamiento de la fotografía para controlar los cargos de los consumos que, aunque irrelevante en relación con la única denuncia presentada con anterioridad, sí podría significar un cambio en la práctica. Por otra parte, el perjuicio consistente en que los interesados han visto incrementados el

riesgo en su privacidad, es inherente a las infracciones en materia de protección de datos, por lo que sería necesario explicar en qué consiste ese incremento causado por la práctica ilícita.

2) La intencionalidad o negligencia de la infracción; la negligencia es un elemento del tipo infractor, que exige que la conducta se deba a culpa o dolo, por lo que para su apreciación como agravante se exige una mayor intensidad, reflejada en hechos concretos, que en la Resolución no se recogen. En el procedimiento se aprecia, por el contrario, que en una primera valoración de la Agencia no se apreciase negligencia alguna y en la revisión realizada, a la vista de las consideraciones de la Autoridad holandesa, se llegase a una conclusión distinta pero sin añadir otros hechos que demostrasen esa mayor culpabilidad, lo que excluye la agravante.

3) Las categorías de datos; considera la Agencia, correctamente, que con el tratamiento de la fotografía no se han visto afectadas categorías especiales de datos personales, que son las contenidas en el artículo 9; sigue así el criterio expresado en el Considerando 51 RGPD ("El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales."); sin embargo añade que el dato afectado (la fotografía) tiene una naturaleza especialmente sensible, porque permite la pronta identificación y aumenta los riesgos sobre la privacidad de su titular, especialmente cuando se registra asociado a todos los datos que constan en el documento. Sin embargo, en el Hecho probado Tercero se observa que los datos que tiene el personal en sus dispositivos no son todos los obtenidos con el escaneo del pasaporte, sino sólo alguno, incluida la fotografía, junto a otros, como el número de habitación, régimen de alojamiento, tipo de VIP y número de visitas, ajenos a su documento de identidad. Falta así la base considerada en la Resolución para apreciar la agravante.

4) En cuanto a las circunstancias agravantes del [artículo 76.2.a\) y b\) LOPDGDD](#). Este artículo encuentra su justificación en el artículo 83.2.k) que contiene una cláusula residual sobre la apreciación de cualquier otro factor, atenuante o agravante aplicable a las circunstancias del caso, que en este caso consisten en el carácter continuado de la infracción y en la alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos, dada su condición de establecimiento hotelero, lo que resulta conforme con los hechos y circunstancias de la infracción.

Por otra parte, además de la atenuante que aprecia la Agencia, el demandante alega la ausencia de una intensidad dolosa en el tratamiento de datos, así como un interés legítimo por su parte; esa ausencia de intencionalidad fue apreciada inicialmente por la Agencia que, al revisar esa decisión inicial en vista de las objeciones planteadas por la Autoridad holandesa, estima que el hotel actuó de manera negligente, negligencia que cabe moderar al título de simple culpa; en cuanto al daño derivado de la infracción, aparte del sufrido por el denunciante, no se han concretado otros perjuicios ni en su cuantía ni en el número de personas afectadas, por lo que no parece que el alcance del daño sea, en este caso, excesivo.

Por las razones anteriores y ante la no concurrencia de alguna las agravantes apreciadas en la resolución como criterio para graduar la sanción, y la presencia de circunstancias atenuantes de su responsabilidad, además de la única considerada por la Agencia, procede moderar el importe de la multa, que queda fijada en 15.000 euros.

SÉPTIMO.- En virtud de lo anterior procede estimar parcialmente el recurso y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción, no hacer imposición de costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar parcialmente el presente recurso nº 710/2022, interpuesto por el Procurador Sr. Cabot Llambias en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se anula en cuanto a la cuantía de la multa impuesta, que se fija en 15.000 euros, confirmándola en el resto.

SEGUNDO.- No hacer una expresa imposición de las costas del recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.