

Procedimiento N°: A/00288/2017

RESOLUCIÓN: R/02913/2017

En el procedimiento A/00288/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad GRANJA ESCUELA B.B.B., vista la denuncia presentada por Doña **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 8 de mayo de 2017, tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **A.A.A.**, en la que manifiesta lo siguiente:

“Con fecha 24 de marzo de 2017, C.C.C. publica en su Facebook fotografías de mi hijo menor de edad sin permiso firmado ni oral por parte de la familia. La fotografía es retirada tras una discusión con la empresa, si bien ya puede circular por internet”

Aporta copia de la fotografía que se publicó en la que se ve al menor con un animalito y se apunta: *“Hoy han estado con nosotros los niños y niñas de segundo de infantil del colegio D.D.D.. Y a qué no sabéis con que más han disfrutado. Mirad”*

SEGUNDO: Con fecha 23 de mayo de 2017, figura Diligencia de Inspección en la que hace constar que se ha obtenido copia impresa de varias fotografías de menores con animales en la página de Facebook de la Granja Escuela C.C.C..

TERCERO: Consultada la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, al denunciado/a/ la entidad, no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 11 de septiembre de 2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00288/2017. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

QUINTO: Con fecha 8 de octubre de 2017 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica que acudir a la Granja Escuela es una actividad extraescolar organizada y programada por el centro escolar CEIP D.D.D. de Valladolid. Es el centro el encargado de recabar la autorización de los progenitores que participan en la actividad; la Granja no se pone en contacto con ningún padre. Existe un modelo de recabar el consentimiento de los padres para el uso pedagógico de las imágenes de los menores en actividades lectivas, complementarias y extraescolares organizadas por el centro docente. La madre del menor ha debido autorizar puesto que han encontrado imágenes del menor en la revista E.E.E. que realiza el CEIP, que se publica en la web del mismo en internet, apareciendo incluso el nombre y apellidos del menor. También

hay un vídeo en youtube. En el momento en que fueron requeridos por la madre del menor, retiraron la fotografía de modo inmediato. El día 29 de septiembre de 2017, el menor ha acudido con su centro escolar a una actividad similar, habiendo preguntado expresamente al responsable del CEIP D.D.D. de Valladolid si algún padre se había opuesto a la publicación de las fotos de su hijo durante la actividad, respondiendo que todos ellos habían firmado la autorización.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 8 de mayo de 2017, la madre de un menor denunció que, con fecha 24 de marzo de 2017, la Granja Escuela Cortas de Blas publicó en su Facebook fotografías de su hijo menor de edad sin permiso firmado ni oral por parte de la familia.

La fotografía que se publicó, en la que se ve al menor con un animalito y se apunta: *“Hoy han estado con nosotros los niños y niñas de segundo de infantil del colegio D.D.D.. Y a qué no sabéis con que más han disfrutado. Mirad”*

SEGUNDO: La entidad GRANJA ESCUELA B.B.B., alegó que se trataba de actividades extraescolares realizadas por el CEIP D.D.D. de Valladolid, que es quien se relaciona con los padres de los menores para solicitar permiso para acudir a la Granja Escuela.

TERCERO: Los responsables de la Granja Escuela han acompañado copia de la solicitud de consentimiento que facilita el CEIP D.D.D. de Valladolid a los padres para la publicación de las imágenes de los menores, en actividades lectivas, complementarias y extraescolares, organizadas por el centro docente, que se publicarán en: la página web del centro o Instituciones de la Junta de Castilla y León, filmaciones destinadas a difusión educativa no comercial, y fotografías para revistas o publicaciones de ámbito educativo/cultural/deportivo.

CUARTO: La fotografía fue retirada por la empresa GRANJA ESCUELA B.B.B.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 1 de la LOPD dispone: *“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*.

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma el artículo 2.1 de la misma señala: *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal*

registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”; definiéndose el concepto de dato de carácter personal en el apartado a) del artículo 3 de la citada Ley Orgánica 15/1999, como “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, añadiendo el apartado 1.f) del artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), que dato de carácter personal es “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

La definición de persona identificable aparece en la letra o) del citado artículo 5.1 del RLOPD, que considera como tal *“toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados”.*

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.* Asimismo, el Considerando 26 de esta Directiva se refiere a esta cuestión señalando que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquélla.

Atendiendo a la definición contenida en las normas citadas, que consideran dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, la fotografía objeto del presente procedimiento se ajustará a este concepto siempre que permita la identificación de la persona que aparece en dicha imagen. La Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente al señalar lo siguiente:

“Considerando que, habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afectan a dichos datos”.

Por otra parte, la aplicabilidad de la normativa de protección de datos de carácter personal, de acuerdo con lo indicado en el citado artículo 2.1 de la LOPD, requiere que dichos datos aparezcan registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento.

El artículo 3 de la LOPD define en su letra c) el tratamiento de datos como aquellas *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y*

cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

Por tanto, la garantía del derecho a la protección de datos conferida por la normativa de referencia requiere que exista una actuación que constituya un tratamiento de datos personales en el sentido expresado.

De acuerdo con aquella definición de tratamiento de datos personales, la mera captación de imágenes de las personas, así como su incorporación a una web, puede considerarse un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, debiendo analizarse en cada caso si este tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Así, en el presente supuesto, considerando que la imagen del menor publicada en la página web de la Granja Escuela permite la identificación del mismo, debe concluirse la existencia de datos de carácter personal y la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestas en la normativa de protección de datos de carácter personal.

III

El artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente: *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.*

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: *“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.*

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) *“... consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”.*

Son, pues, elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

En el presente caso, consta acreditado que la Granja Escuela C.C.C. difundía su trabajo y las imágenes de los niños que les visitaban a través de su página web, y que en ella incluye diferentes imágenes de personas que trabajan o visitantes, sin que en el caso de la denunciante ésta hubiera consentido con anterioridad dicho tratamiento de datos personales de su hijo menor.

Alega la Granja Escuela que se trata de una actividad organizada por el Colegio de Enseñanza Infantil donde estudian los menores que acudían, y que es el Colegio el que ha de pedir el consentimiento. En efecto, el CEIP pide consentimiento a los padres para la publicación de imágenes de los menores en la página web del centro o Instituciones de la Junta de Castilla y León; filmaciones destinadas a difusión educativa no comercial, y fotografías para revistas o publicaciones de ámbito educativo/cultural/deportivo. Esta autorización no habilita la publicación de imágenes de menores en la página web de la propia granja Escuela.

Por tanto, la Granja Escuela C.C.C. no disponía del consentimiento de la afectada para el tratamiento de datos de su hijo realizados, consistente en la utilización de su imagen en la página web de la mencionada Granja.

La Granja Escuela C.C.C. puede obtener el consentimiento de los padres por medio del propio CEIP, pero deberán prestar un consentimiento diferente al que acompaña a sus alegaciones, que sea específico para publicar las imágenes en la web de la Granja visitada.

Por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte de la denunciada, que es responsable de dicha infracción.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD considera infracción grave:

“b) Tratar los datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.”

El principio cuya vulneración se imputa a la Granja Escuela C.C.C., el del consentimiento, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional.

En este caso, la Granja Escuela C.C.C. ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el principio citado, consagrados en el artículo 6.1 de la LOPD, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

V

Asimismo, procede determinar las responsabilidades que se derivan de la revelación de los datos que resulta de la divulgación de la fotografía.

El artículo 10 de la LOPD dispone:

“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”.

El deber de confidencialidad obliga no sólo al responsable del fichero sino a todo aquel que intervenga en cualquier fase del tratamiento.

Este deber de secreto comporta que el responsable de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido, teniendo el *“deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”*. Este deber es una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática, a que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11, y, por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto.

Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la Constitución Española. En efecto, este precepto contiene un *“instituto de garantía de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”* (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11). Este derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida.

En el presente caso, la Granja Escuela C.C.C., con la incorporación de la fotografía objeto de la denuncia en un medios accesible a través de internet, permitió el acceso por parte de terceros a datos personales relativos al menor, según el detalle que consta en los hechos probados, cuestión que ha quedado acreditada en el presente procedimiento sin que la titular de los datos hubiese prestado su consentimiento para ello.

Por tanto, queda acreditado que por parte de la Granja Escuela C.C.C., responsable de la custodia de los datos en cuestión, se vulneró el deber de secreto, garantizado en el artículo 10 de la LOPD, al haber posibilitado el acceso no restringido por terceros a datos personales sin contar con el consentimiento de la madre del titular de tales datos.

La vulneración del deber de secreto aparece tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.d) de la LOPD. En este precepto se establece lo siguiente:

“d) La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley”.

En el presente caso, según ha quedado expuesto, consta acreditado que los datos personales de la denunciante fueron divulgados a terceros no interesados por la Granja Escuela C.C.C., no habiéndose acreditado que aquél hubiesen prestado el consentimiento necesario para ello. Por tanto, se concluye que la conducta imputada a la Granja Escuela C.C.C. se ajusta a la tipificación prevista en el 44.3.d) de la LOPD.

VI

Los hechos constatados, consistentes en tratar los datos de la afectada, insertando una fotografía del mismo en la web, constituye una base fáctica para fundamentar la imputación a la Granja Escuela C.C.C. de las infracciones de los artículos 6 y 10 de la LOPD.

No obstante, nos encontramos ante un supuesto de concurso medial, en el que un mismo hecho deriva en dos infracciones, dándose la circunstancia que la comisión de una implica, necesariamente, la comisión de la otra. Esto es, del tratamiento de datos que supone incorporar una imagen a la web, a su vez, deriva en una vulneración del deber de secreto.

Por lo tanto, procede subsumir ambas infracciones en una, procediendo imponer únicamente declarar la infracción más grave que, en este caso, corresponde a la prevista para la infracción del artículo 6 de la LOPD que, además, se trata de la infracción originaria que ha implicado la comisión de la otra.

VII

El apartado 6 del artículo 45 de la LOPD establece lo siguiente:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a)

y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, la no vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el grado de intencionalidad y su volumen de negocio o actividad; así como la inmediata retirada de la fotografía objeto de denuncia.

Todo ello, justifica que la AEPD no haya acordado la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que *“no constituye una sanción”* y que se trata de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella, y considerando que el objeto del apercibimiento es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Como se ha señalado, en el asunto analizado, consta que la fotografía del hijo de la denunciante fue borrada inmediatamente al tener conocimiento de que la oposición a su publicación.

Por tanto, a la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que la denunciada ha adoptado las medidas correctoras oportunas, de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones. No obstante, y para evitar problemas similares a los denunciados, la Granja Escuela C.C.C. deberá obtener el consentimiento inequívoco para el tratamiento de los datos personales, bien a los afectados o a sus representantes o tutores legales si se trata de menores o discapacitados; así como conservar la acreditación de dicho consentimiento.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00288/2017** seguido contra la Granja Escuela C.C.C., S.L., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 6 de la LOPD.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la GRANJA ESCUELA B.B.B., y a Doña **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos