



Procedimiento Nº: A/00145/2015

RESOLUCIÓN: R/02536/2015

En el procedimiento A/00145/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad COLEGIO XXXXX, vista la denuncia presentada por DÑA. **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 07/07/2014, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **A.A.A. A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia que en las páginas centrales de la revista del Colegio XXXXX, de Bilbao, aparecen imágenes de su hijo discapacitado, sin el consentimiento del menor ni de sus padres o tutores legales. Añade que el afectado no está en el centro desde hace dos cursos y reclama cuantas fotografías obre en poder del centro.

Aporta un ejemplar del número ** de la revista "#####" editada por dicho colegio, de DD/MM/AA, en cuya página ** consta una fotografía del menor acompañado de otras dos personas.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se llevaron a cabo las siguientes comprobaciones:

1. Con fecha 11/02/2015, se recibió escrito del Colegio XXXXX, en el que manifestaron lo siguiente:
 - 1.1. Cuando un alumno entra en el colegio los padres firman el consentimiento para la publicación de fotografías. Se Adjunta un ejemplar del impreso utilizado, pero no cuentan con el ejemplar suscrito por los padres del afectado.
 - 1.2. El niño causó baja en el colegio en el curso escolar AA1/AA2. Según la normativa del Gobierno Vasco, mantienen el expediente académico en formato digital en su base de datos y el resto de la documentación fue destruida.
 - 1.3. La fotografía se publicó en el mes de DD/MM/AA, en la revista del colegio #####, nº **. Esta revista y otra publicación, se exponen también en la página web del colegio.
 - 1.4. La fotografía se publicó con motivo de un cambio de Director, y este consideró que dicho fotografía plasmaba bien su paso por la dirección y la cercanía con el alumnado.
 - 1.5. En el momento en que se ha recibido la solicitud de información, han procedido a difuminar la cara del niño. No obstante, no han recibido con anterioridad comunicación de los padres, para que la fotografía fuera retirada.

El citado Colegio aportó copia del formulario habilitado para recabar el consentimiento de los padres o tutores de los alumnos para la realización de fotografías y su posible publicación en documentos del centro o su página web. Este formulario no contiene ninguna leyenda informativa en cumplimiento de lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

2. Con fecha 12/03/2014, la inspección actuante accede a la página web del colegio, a través

del buscador google, comprobando que no solicita usuario y password para su acceso. No obstante, no se han localizado las citadas fotografías.

TERCERO: Con fecha 02/06/2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), acordó someter a la entidad Colegio XXXXX a trámite de audiencia previa al apercibimiento por la presunta infracción del artículo 6 de la citada LOPD, en relación con la utilización y difusión de la imagen del hijo de la denunciante en la revista del Colegio.

Con tal motivo, se concedió a la entidad Colegio XXXXX plazo para formular alegaciones, recibíendose escrito de la misma en el que ratifica lo indicado durante la fase previa, señalando nuevamente que no conservan el documento de autorización de los padres o tutores de alumnos una vez han abandonado el Centro.

Añade que han insertado en el documento de autorización la leyenda sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, si bien no aportan documento alguno al respecto, y manifiesta no ha recibido observación alguna de esta naturaleza sobre sus publicaciones, que éstas no tienen un fin lucrativo y su difusión es limitada.

Desconoce los perjuicios que los hechos hayan podido producir a los interesados y deja constancia de su intención de repararlos, así como la de cumplir rigurosamente lo legalmente establecido.

Por último, advierte que no ha recibido comunicación alguna por parte de la denunciante sobre la publicación efectuada y que ha procedido a difuminar la fotografía en su página web.

CUARTO: Con fecha 29/09/2015, por la Subdirección General de Inspección se accede a la web, comprobando que en la fotografía objeto de la denuncia, insertada en el número ** de la revista de la entidad Colegio XXXXX, el rostro del hijo de la denunciante aparece difuminado, no siendo posible su identificación.

HECHOS PROBADOS

1. La entidad Colegio XXXXX es responsable de la edición de la revista escolar denominada "#####".
2. En la página ** del número ** de la revista "#####", de DD/MM/AA, aparece insertada un fotografía, en la que figura el hijo de la denunciante, acompañado de otras dos personas. Esta revista se inserta en la web de la entidad.
3. La denunciante ha manifestado que la utilización de la fotografía de su hijo, reseñada en el Hecho Probado Segundo, se realizó sin el consentimiento del menor ni de sus padres o tutores legales.
4. La entidad Colegio XXXXX dispone de un formulario habilitado para recabar el consentimiento de los padres o tutores de los alumnos para la realización de fotografías y su posible publicación en documentos del centro o su página web. Dicho formulario no contiene ninguna leyenda informativa en cumplimiento de lo previsto en el artículo 5 de la LOPD.



5. La entidad Colegio XXXXX no ha aportada documento alguno en el que conste el consentimiento de la denunciante para la publicación de la fotografía de su hijo.
6. Con fecha 29/09/2015, por la Subdirección General de Inspección se accede a la web, comprobando que en la fotografía objeto de la denuncia, insertada en el número ** de la revista de la entidad Colegio XXXXX, el rostro del hijo de la denunciante aparece difuminado, no siendo posible su identificación.

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 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”.

Este concepto de dato personal no puede ser más amplio. La Audiencia Nacional en su sentencia de 08/03/2002, ha señalado que *para que exista dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados, tal y como se desprende del mencionado artículo 3 de la Ley, en sus apartados a) y f) y también del Considerando 26 de la invocada Directiva 95/46/CE que expresamente señala 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 dicha persona; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado”.*

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 o su publicación en una revista escolar, 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 fotografía tomada del hijo de la denunciante 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 comercial, 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.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste. A este respecto, la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31/05/2006 señaló lo siguiente: *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”.*

En el presente caso, consta acreditado que la entidad Colegio XXXXX es responsable de la revista “#####”, que además se incorpora a la web de la citada entidad. Asimismo, consta que en una de las páginas del número ** de dicha revista, correspondiente a DD/MM/AA, se insertó una fotografía del hijo de la denunciante, menor de edad, sin que el mismo o sus representantes legales hubieran consentido con anterioridad dicho tratamiento de datos personales.



Por tanto, resulta que Colegio XXXXX no disponía del consentimiento del afectado o sus representantes legales para el tratamiento de datos realizados, consistente en la utilización de su imagen en la citada revista, según la propia imputada ha reconocido.

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

IV

Durante la fase previa, la entidad Colegio XXXXX ha señalado que los padres de alumnos firman el consentimiento para la publicación de fotografías mediante la cumplimentación de un formulario habilitado específicamente para ello. En el caso concreto de la denunciante, señaló que, al tratarse de un alumno que causó baja en el curso escolar AA1/AA2, mantienen el expediente académico en formato digital en su base de datos y el resto de la documentación fue destruida, por lo que no conservan el documento de autorización de los padres o tutores de alumnos una vez han abandonado el Centro

A este respecto, en primer término, ha de señalarse que corresponde al responsable del tratamiento acreditar, en todo momento, que dispone del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos de que se trate.

Por otro lado, procede analizar la idoneidad del formulario utilizado por la entidad Colegio XXXXX para recabar el consentimiento de alumnos o de los representantes legales de éstos para la realización y utilización posterior de fotografías.

El artículo 3.h) de la LOPD se define el “*consentimiento del interesado*” como “*toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen*”, de lo cual se desprende la necesaria concurrencia de los cuatro requisitos enumerados en dicho precepto para que el consentimiento pueda ser considerado conforme a derecho.

Así, para que el consentimiento prestado pueda considerarse válido, según la definición del consentimiento establecida, el mismo ha de ser informado, de tal modo que la ausencia de información o una información insuficiente sobre los extremos recogidos en el artículo 5 de la LOPD determina la falta de consentimiento para el tratamiento de los datos. La información a la que se refiere dicho artículo debe suministrarse a los afectados previamente a la recogida de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca para que el consentimiento que preste el afectado pueda considerarse válido, en tanto que manifestación de voluntad inequívoca, específica e informada.

El citado artículo 5 de la LOPD establece en cuanto el “*Derecho de información en la recogida de datos*”, lo siguiente:

“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos*
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*



- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.
2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.
3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 transcrito, la entidad Colegio XXXXX debe dar a sus alumnos o a los representantes legales de éstos la información prevista en el mismo, con carácter previo a la solicitud de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.

La ley ha querido imponer una formalidad específica en la recogida de datos a través de cuestionarios u otros impresos que garantice el derecho a la información de los afectados. A tal efecto, impone la obligación de que la información figure en los propios cuestionarios e impresos y la refuerza exigiendo que conste de forma claramente legible.

En el caso que nos ocupa se ha podido comprobar que la entidad Colegio XXXXX dispone de un formulario habilitado para recabar el consentimiento de los padres o tutores de los alumnos para la realización de fotografías y su posible publicación en documentos del centro o su página web. Sin embargo, consta acreditado que dicho formulario no contiene ninguna leyenda informativa en cumplimiento de lo previsto en el artículo 5 de la LOPD.

Por tanto, aunque la entidad Colegio XXXXX dispusiera del formulario suscrito por la denunciante, al que se ha referido en sus alegaciones, dicho documento no serviría para acreditar el consentimiento de la misma para el tratamiento de datos denunciado, al no haberse cumplido el deber de información previo.

V

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 al Colegio XXXXX, 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, entre otras, las de fechas 25/05/01 y 05/04/02.

En este caso, Colegio XXXXX 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.

VI



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

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.

Igualmente, cabe destacar la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de fecha 14/09/2001, que en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto señala:

“Pues bien, la conducta que configura el ilícito administrativo -artículo 43.3.g) de la Ley Orgánica 5/1992- requiere la existencia de culpa, que se concreta, por lo que ahora interesa, en el simple incumplimiento del deber de guardar secreto, deber que se transgrede cuando se facilita información a terceros de los datos que sobre el titular de una cuenta bancaria dispone la entidad recurrente, siendo indiferente a estos efectos que los datos se facilitaran mediante engaño, pues la entidad bancaria no observó una conducta diligente tendente a salvaguardar el expresado deber de secreto, y esta conducta basta para consumir la infracción cuya sanción se recurre en el presente recurso. En consecuencia, esa falta de diligencia configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la recurrente. En definitiva, concurren los requisitos exigibles para que la conducta sea culpable, pues la conducta desarrollada vulnera el deber de guardar secreto, es una conducta tipificada como infracción administrativa, y la voluntariedad reviste forma de culpa”.



En el presente caso, la entidad Colegio XXXXX, con la incorporación de la fotografía objeto de la denuncia a una revista y a su web, permitió el acceso por parte de terceros a datos personales relativos al afectado, según el detalle que conste en los hechos probados, cuestión que ha quedado acreditada en el presente procedimiento sin que el titular de los datos o sus representantes legales hubiesen prestado su consentimiento para ello.

Por tanto, queda acreditado que por parte de Colegio XXXXX, 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 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 del afectado fueron divulgados a terceros no interesados por la entidad Colegio XXXXX, no habiéndose acreditado que aquél hubiesen prestado el consentimiento necesario para ello. Por tanto, se concluye que la conducta imputada a Colegio XXXXX se ajusta a la tipificación prevista en el 44.3.d) de la LOPD.

VII

Los hechos constatados, consistentes en tratar los datos del afectado, insertando una fotografía del mismo en una revista escolar y esta revista en la web, constituye una base fáctica para fundamentar la imputación a Colegio XXXXX 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, aplicando el artículo 4.4 del citado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, 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.

VIII

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 concurren 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.

Asimismo, procede requerir a la entidad Colegio XXXXX para que adopte nuevas medidas que impidan que en el futuro pueda producirse una infracción de naturaleza similar. Teniendo en cuenta las circunstancias puestas de manifiesto en el presente procedimiento, se insta a la citada entidad para que elimine de sus ficheros la fotografía objeto de la denuncia y modifique el formulario habilitado para recabar el consentimiento de los padres o tutores de los alumnos para la realización de fotografías y su posible publicación en documentos del centro o su página web, incorporando al mismo la información prevista en el artículo 5 de la LOPD.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00145/2015) a la entidad COLEGIO XXXXX 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 infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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.

2.- REQUERIR a la entidad COLEGIO XXXXX, de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la LOPD, para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en los artículos 5 y 6 de la LOPD. En concreto se insta al



denunciado a eliminar de sus ficheros la fotografía objeto de la denuncia y a modificar el formulario utilizado para recabar el consentimiento de los padres o tutores de los alumnos para la realización de fotografías y su posible publicación en documentos del centro o su página web, incorporando al mismo una leyenda informativa en cumplimiento de lo previsto en el artículo 5 de la LOPD.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando un escrito en el que se declare expresamente haber eliminado de sus ficheros la fotografía en cuestión, así como el formulario mencionado una vez rectificado en el sentido indicado.

Se advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre expediente de investigación **E/06426/2015**, podría suponer una infracción del artículo 37.1.a) de la LOPD, que señala que “*son funciones de la Agencia de Protección de Datos: a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.*”, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, que considera como tal, “*No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma*”, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad COLEGIO XXXXX.

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a DÑA. **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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

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