

## RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. PS 26/2012, referent al Col·legi Cor de Maria de Blanes.

### Antecedents

**Primer.-** En data 13/01/2012 va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'una persona pel qual formulava denúncia contra el Col·legi Cor de Maria de Blanes, amb motiu d'un presumpte incompliment de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD).

En primer lloc, la persona denunciant exposava que el dia 11/03/2011, un docent de l'escola junt amb un altre persona –desconeguda pel denunciant- va obtenir la dada relativa al compte i contrasenya de Facebook d'un menor –el seu fill- que respon a (...), sense el consentiment dels seus pares, a fi d'accedir i imprimir la informació que figurava al perfil de Facebook d'aquest menor. En segon lloc, també manifestava que s'hauria accedit al compte de Facebook d'altres alumnes i que també s'hauria interrogat als altres alumnes de la mateixa classe del dit menor. Finalment, la persona denunciant manifestava que al seu entendre aquests fets podrien constituir una infracció en matèria de protecció de dades atès que *“s'ha obtingut una dada de caràcter personal com és la contrasenya de Facebook, sense el nostre consentiment i s'ha accedit sense el nostre consentiment a informació personal que figura en els comptes de Facebook dels familiars amb els quals es relaciona el menor.”*

La persona denunciant aportava un document per mitjà del qual s'acreditava que el dit menor cursava estudis a la dita escola en el moment de produir-se els fets objecte de denúncia.

**Segon.-** L'Autoritat va obrir una fase d'informació prèvia (IP 03/2012), d'acord amb el que preveu l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, en relació amb la DT 2<sup>a</sup> de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, per tal d'obtenir més informació sobre les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables.

En el sí d'aquesta fase d'informació, per mitjà d'ofici de data 27/01/2012 es va sol·licitar a la persona denunciant més informació relacionada amb els fets objecte de denúncia. La persona denunciant va respondre a la dita petició d'informació mitjançant escrits de dates 27/02/2012 i 06/03/2012.

També en el marc d'aquesta fase d'informació prèvia, en data 28/03/2012 l'Autoritat va realitzar un acte d'inspecció a les dependències del Col·legi Cor de Maria de Blanes, per tal de verificar determinats aspectes relacionats amb els fets objecte de denúncia. En aquell acte d'inspecció presencial els representants del dit Col·legi van manifestar, entre d'altres, el següent:

- Que es va requerir al menor per tal que acudís a un despatx, i se li van donar instruccions per tal que aquest accedís al seu compte de Facebook, mitjançant la introducció del seu codi usuari i contrasenya.
- Que es va fer *“amb la finalitat d’esbrinar uns fets succeïts a la classe relacionats amb un grup de Facebook, que afectaven a un altre menor i que podien ser constitutius de “bulling””*.
- Que *“és cert que un cop el nen va introduir la dada referent al compte i contrasenya, van accedir al contingut que el menor d’edat tenia publicat al seu perfil de Facebook. Només es visualitza el contingut i a la tarda s’avisava als pares dels dos afectats.”*
- Que *“abans dels fets exposats (...) es va preguntar als altres alumnes si entraven habitualment al grup de Facebook i si escrivien comentaris però en cap cas es va entrar al Facebook d’altres alumnes.”*

**Tercer.-** També en el marc de la informació prèvia, es va comprovar que el Col·legi Cor de Maria de Blanes és responsable del fitxer “XXX”, que té com a finalitat *“gestió acadèmica i administrativa del centre”*, i el qual es troba inscrit al Registre General de Protecció de Dades de l’Agència Espanyola de Protecció de Datos.

**Quart.-** En data 10/05/2012 la directora de l’Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra el Col·legi Cor de Maria de Blanes (en endavant, Col·legi), per una presumpta infracció greu prevista a l’article 44.3 b) en relació amb l’article 6.1 LOPD. Així mateix, va nomenar persona instructora de l’expedient a la funcionària de l’Autoritat Catalana de Protecció de Dades, XXX. Aquest acord d’inici, juntament amb el plec de càrrecs, es va notificar a l’entitat imputada el 17/05/2012.

En el plec de càrrecs es concedia a l’entitat imputada un termini de deu dies hàbils comptadors a partir del dia següent de la notificació per formular al·legacions, presentar documents i proposar la pràctica de proves que considerés convenientes per a la defensa dels seus interessos.

**Cinquè.-** El Col·legi va formular al·legacions al plec de càrrecs mitjançant escrit de 29/05/2012, les quals es van abordar a l’apartat segon dels fonaments de dret de la proposta de resolució.

**Sisè.-** En data 26/07/2012 la persona instructora d’aquest procediment va formular proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l’Autoritat Catalana de Protecció de Dades advertís al Col·legi Cor de Maria de Blanes que de conformitat amb allò que disposa l’article 45.6 de la LOPD, com a responsable d’una infracció prevista a l’article 44.3 b) en relació amb l’article 6.1, ambdós de la LOPD. Aquesta proposta de resolució fou notificada en data 06/08/2012, i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

**Setè.-** En data 05/09/12 va tenir entrada al registre d'aquesta Autoritat escrit d'al·legacions efectuades pel Col·legi Cor de Maria de Blanes les quals, tot i haver estat extemporànies, s'analitzen al fonament de dret segon d'aquesta resolució.

Del conjunt de les actuacions practicades en aquest procediment es consideren acreditats els fets que seguidament es detallen com a fets provats.

### Fets Provats

**Únic.-** En data 11/03/2011, personal docent del Col·legi Cor de Maria de Blanes va ordenar a un menor, que en aquell moment tenia deu anys d'edat, a introduir la seva contrasenya i usuari de Facebook per tal d'accedir i consultar el contingut que aquest menor tenia publicat al seu compte de Facebook.

Aquest tractament de dades de caràcter personal del menor es va efectuar sense comptar amb el consentiment dels seus pares, amb els qui es va contactar un cop efectuat l'accés a la informació.

### Fonaments de Dret

**Primer.-** És d'aplicació al present procediment el previst al Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, segons el previst a la DT 2<sup>a</sup> de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades. De conformitat amb l'article 5 i 8 de la Llei 32/2010, la resolució del procediment sancionador correspon a la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

**Segon.-** L'entitat imputada ha formulat al·legacions davant la proposta de resolució, similars a les ja presentades davant el plec de càrrecs. Tot i que el primer escrit d'al·legacions ja fou analitzat en la proposta de resolució formulada per la persona instructora, atès que en l'escrit presentat davant aquesta proposta el Col·legi insisteix en les mateixes al·legacions, es considera oportú reiterar a continuació allò més rellevant de la resposta motivada que havia donat la instructora a les al·legacions al plec de càrrecs, i que s'assumeix en aquesta resolució. Tot seguit s'analitzen doncs el conjunt d'al·legacions formulades per l'entitat imputada seguint el mateix ordre de les plantejades davant el plec de càrrecs, per al seu millor seguiment.

2.1.- Sobre l'Autoritat competent per aplicar el règim sancionador de la LOPD.

El Col·legi qüestiona la competència d'aquesta Autoritat per actuar respecte al tractament de dades objecte d'imputació, atès que les dades controvertides, segons el Col·legi, estaven incloses a "*fitxers de persones físiques no sotmeses al sistema disciplinari de l'administració pública*". Així doncs, el Col·legi ve a considerar que de conformitat amb l'article 41 de la LOPD, l'òrgan competent per investigar i perseguir els fets aquí imputats, era la Agencia Española de Protección de Datos.

Com a punt de partida, cal assenyalar que l'article 31 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya – aprovat per Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol- recull expressament el dret a la protecció de les dades personals, dret que té reconegut el caràcter de dret fonamental en relació amb l'article 18.4 de la Constitució Espanyola (STC 292/2000), i afegeix l'article 31 de l'EAC que una autoritat independent, designada pel Parlament, ha de vetllar perquè aquests drets siguin respectats, en els termes que estableixin les lleis.

El mateix EAC, en el seu article 156, atribueix a la Generalitat de Catalunya -i en conseqüència a aquesta Autoritat- la competència executiva en matèria de protecció de dades en relació a:

- a) *“La inscripció i el control dels fitxers o els tractaments de dades de caràcter personal creats o gestionats per les institucions públiques de Catalunya, l'Administració de la Generalitat, les administracions locals de Catalunya, les entitats autònomes i les altres entitats de dret públic o privat que depenen de les administracions autonòmica o locals o que presten serveis o acompleixen activitats per compte propi per mitjà de qualsevol forma de gestió directa o indirecta, i les universitats que integren el sistema universitari català.*
- b) *La inscripció i el control dels fitxers o els tractaments de dades de caràcter personal privats creats o gestionats per persones físiques o jurídiques per a l'exercici de les funcions públiques amb relació a matèries que són competència de la Generalitat o dels ens locals de Catalunya, si el tractament s'efectua a Catalunya.*
- c) *La inscripció i el control dels fitxers i els tractaments de dades que creïn o gestionin les corporacions de dret públic que exerceixin llurs funcions exclusivament en l'àmbit territorial de Catalunya.(...)”*

Aquestes previsions estatutàries s'han desenvolupat a la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, i en concret el seu art. 3, en el qual es defineix l'àmbit d'actuació d'aquesta Autoritat, que *“comprèn els fitxers i els tractaments que duen a terme (...) f) Les altres entitats de dret privat que presten serveis públics per mitjà de qualsevol forma de gestió directa o indirecta, si es tracta de fitxers i tractaments vinculats a la prestació d'aquests serveis”*.

En el present cas, es fa necessari subratllar que els fets imputats es refereixen a un tractament concret efectuat per personal del Col·legi, consistent en requerir a un menor que en el moment dels fets tenia deu anys, en horari escolar i en les dependències del Col·legi, que introduís la seva contrasenya i usuari de Facebook en un ordinador del Col·legi, a fi d'accedir i poder consultar el contingut que aquest menor tenia publicat al seu compte de Facebook. Així doncs, estem davant d'un tractament de dades personals efectuat per un Col·legi privat, que actua en règim de concert amb la Generalitat de Catalunya, de manera que presta un servei públic de forma indirecta, i aquest tractament de dades es produí en el marc de la prestació del servei educatiu. És per això que la competència per aplicar el règim sancionador de la LOPD, correspon a aquesta Autoritat, i no a la Agencia Española de Protección de Datos.

Per tant, tal com assenyalava la instructora, aquesta al·legació no pot prosperar.

## 2.2.- Sobre presumptes defectes determinants de nul·litat de ple dret.

A l'al·legació cinquena davant la proposta de resolució, coincidint en part amb les al·legacions segona i tercera al plec de càrrecs, el Col·legi es referia a unes suposades irregularitats formals en l'acte d'inspecció presencial, que al seu entendre haurien causat indefensió i determinarien la nul·litat de les actuacions. En aquest sentit, l'entitat imputada adduïa en essència que el dia de la inspecció *"no consta que l'Autoritat Catalana advertís al Col·legi que estava sent objecte d'una inspecció per presumpta infracció de la Llei de Protecció de Dades"* i per aquest motiu el dia de la inspecció *"no hi havia cap legal representant del col·legi"* i que *"els interlocutors que van parlar amb els inspectors no ostenten cap representació ni corporativa ni laboral, ni mercantil que vinculi al Col·legi a les manifestacions dels empleats que van respondre a les preguntes dels inspectors de l'Apdcat."*

I en connexió amb aquesta asseveració, a l'al·legació tercera davant el plec de càrrecs el Col·legi manifestava el següent: *"Impugnem totes les manifestacions que s'atribueixen al Col·legi a l'antecedent segon per què no s'ajusten als fets, no hi ha cap prova material directa del que s'afirma, per què les declaracions les han fet persones que no representen la institució i per què els empleats van respondre a les preguntes de l'inspector sense saber que no tenien capacitat, ni legitimació, ni dret a parlar en nom del Col·legi."*

I finalment, el Col·legi conclouia que: *"Donat que el Col·legi no té coneixement de la documentació que ha servit per a compondre l'expedient informatiu, el Col·legi Cor de Maria de Blanes nega la validesa del contingut de les manifestacions dels treballadors i considera que l'expedient informatiu s'ha tancat "inaudita parte", el que ha deixat indefensa a la entitat contra la que s'ha incoat el present expedient sancionador, extrem prohibit per l'article 24 de la CE."*

En relació amb la queixa relativa al fet de no haver tingut coneixement de la documentació incorporada durant el període d'informació prèvia, el primer que cal dir és que la imputació efectuada en el present procediment es fonamenta, en essència, en el contingut de l'acta de la inspecció presencial efectuada el 28/03/2012, de la qual es lliurà una còpia a les persones que van actuar en aquell acte en representació del Col·legi.

Dit això, cal acudir a la regulació de les informacions prèvies, que es troba a l'article 7 del Decret 278/1993. Aquest precepte disposa que *"abans de l'acord d'inici de l'expedient, l'òrgan competent pot obrir o ordenar un període d'informació prèvia amb la finalitat d'esbrinar les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables"*. De la dicció d'aquest precepte, s'infereix que la realització de les actuacions prèvies té per objecte determinar amb caràcter preliminar si concorren o no les circumstàncies que puguin justificar la imputació d'uns fets constitutius d'infracció a través de l'inici del corresponent procediment sancionador. En especial, aquestes actuacions s'orienten a determinar, amb la millor precisió possible, els fets susceptibles de motivar la incoació del procediment, la identificació de les entitats responsables i les circumstàncies rellevants que concorrin.

Es tracta d'actuacions administratives de contingut molt divers que pot dur a terme "potestativament" l'administració que exerceix la potestat d'inspecció, de manera prèvia a l'eventual incoació d'un procediment sancionador, en la línia de recollir les dades, indicis o elements necessaris per tal que l'òrgan competent per a la iniciació del procediment sancionador disposi dels elements necessaris de cara a formar la seva convicció sobre la procedència o improcedència d'incoar un procediment sancionador, en el qual s'hauran de respectar els principis i garanties previstos per a aquesta mena de procediments. És més, fins i tot es podria donar el cas que s'incoés procediment sancionador sense necessitat de dur a terme cap actuació d'inspecció davant l'entitat denunciada i això per considerar que amb els elements de què disposava, ja existien indicis suficients que permetien motivar la imputació d'una infracció.

En definitiva, que la tramitació d'una fase d'informació prèvia, que comprèn les actuacions d'inspecció que es considerin procedents, no es pot equiparar a un procediment administratiu sancionador. És per aquest motiu que durant aquest fase, no existeixen parts interessades en el sentit de l'article 31 de la Llei 30/1992, i per tant tampoc no es pot reconèixer el dret d'accedir a la documentació incorporada en aquelles actuacions.

Ara bé, una vegada iniciat el procediment sancionador, és quan s'han de garantir amb la màxima intensitat els drets de defensa de les entitats imputades, d'acord amb l'article 24 de la CE, l'article 135 de la Llei 30/1992 i el Decret 278/1993. Aquest és un criteri jurisprudencial consolidat, del qual n'és un exemple la Sentència del Tribunal Constitucional de 25 de setembre de 2006, en la qual en relació amb un procediment disciplinari, és a dir, també de naturalesa sancionadora i, per tant, equiparable al present cas, s'afirmava el següent: *"De igual modo debe ser rechazada la queja referida a la pretendida vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE) por incoarse el expediente mediante información reservada en la que no se le puso de manifiesto al recurrente la acusación ni se le informó de la procedencia de los documentos antes mencionados, respecto de los que se le requería para que reconociese su autoría.*

*(...) sin que tampoco quepa apreciar vulneración del principio acusatorio por no haberse efectuado en la información reservada, que no tiene carácter sancionador (sino que mediante la misma se pretende la averiguación de unos hechos para, en su caso, incoar un expediente disciplinario), un acto de acusación formal, pues el momento procesal oportuno para ello es el pliego de cargos que se formula en el expediente disciplinario (por todas, SSTC 297/1993, de 18 de octubre, F. 4, y 205/2003, de 1 de diciembre, F. 5), sin perjuicio de que las diligencias practicadas en la información reservada puedan, en su caso, ser valoradas por el órgano decisor (STC 56/1998, de 16 de marzo, F. 5, y ATC 204/1993, de 28 de junio, F. 3). Por lo demás, el examen de las actuaciones permite comprobar que el recurrente conoció oportunamente los cargos que contra él se formulaban, habiéndosele dado correcto traslado del pliego de cargos, así como de la propuesta de resolución, respecto de los cuales tuvo ocasión de defenderse en los términos que estimó pertinentes."*

I la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Astúries (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de data 30/03/07: *"[...]Por tanto, el hecho de que la información previa se verificara sin tener conocimiento el inculpado [...] ello no implica ninguna indefensión y tampoco la vulneración del derecho de defensa, toda vez que para el caso de incoarse el*

*procedimiento disciplinario el inculpado tiene la posibilidad legal y procedimental de formular alegaciones al contenido de dicha información reservada.[...]"*

Així doncs, tal com indicava la instructora, no pot prosperar aquesta al·legació atès que una vegada iniciat el procediment sancionador, aquesta Autoritat ha estat plenament respectuosa amb el dret de defensa de la part imputada atès que davant el plec de càrrecs s'ha atorgat un termini de 10 dies hàbils al Col·legi per formular al·legacions, proposar proves, i aportar els documents que estimessin oportuns. I com és obvi, durant aquest període en què podia formular al·legacions i proposar proves, com també durant la resta del procediment, el Col·legi podia i pot accedir a la documentació inclosa a l'expedient, entre la qual hi figura tota la documentació incorporada durant les actuacions d'informació prèvia (article 35 a de la Llei 30/1992 i l'article 26 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya).

Quant a les queixes que en concret dirigeix el Col·legi a l'acte d'inspecció presencial dut a terme el 28/03/2012, referents a la suposada manca d'avís que es faria aquell acte d'inspecció, i la manca de representativitat dels qui en aquell acte van actuar en nom del Col·legi, al·legació en la qual s'insisteix en l'escrit presentat davant la proposta de resolució, cal dir el següent.

En primer lloc, escau assenyalar que quan el personal de l'Autoritat exerceix la potestat inspectora, en els termes que preveuen els articles 40 LOPD, l'article 19 de la Llei 32/2010 i l'article 20 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades (vigent d'acord amb la disposició transitòria tercera de la Llei 32/2010), no té l'obligació d'informar amb anterioritat sobre la inspecció que es vol realitzar. Malgrat això, consta a les presents actuacions que dos dies abans de la inspecció presencial, és a dir el 26/03/2012, es va advertir d'aquest acte mitjançant fax enviat al Col·legi.

En segon lloc, tampoc no s'estableix normativament que les persones que estiguin presents a la inspecció hagin de ser forçosament els responsables legals del fitxer o tractament. Només caldrà la presència d'aquelles persones que, per la seva condició o coneixement dels fets, puguin aportar la informació necessària sobre els tractaments objecte d'investigació, a fi de prestar l'auxili i col·laboració als inspectors, tal com preveu l'article 19.4 de la Llei 32/2010. En el present cas, consta a les actuacions que malgrat haver avisat de la inspecció amb una antelació de dos dies, no hi va estar present el director del Col·legi, circumstància que òbviament no es pot imputar al personal inspector de l'Autoritat. En qualsevol cas, el personal inspector fou rebut i atès per fins a cinc persones que, en la mateixa seu del Col·legi, van actuar com a representants del centre, i totes elles van signar l'acta "*Per part del Col·legi Cor de Maria de Blanes*". A aquest respecte, consta a l'acta d'inspecció en primer lloc la identificació de la persona que actuà en qualitat de "*Representant de la titularitat*", i seguidament també estan identificades la resta de persones: la Sotsdirectora, la professora que va participar directament en el tractament de dades que és objecte d'imputació –i per tant qui podia aportar més informació al respecte–, el responsable dels serveis informàtics externs, i l'informàtic del Col·legi.

Així mateix, el Col·legi al·lega, respecte a les manifestacions efectuades pel personal que va actuar en la seva representació en aquell acte d'inspecció i que consten recollides a l'acta d'inspecció, que *“les declaracions les han fet persones que no representen la institució i perquè els empleats van respondre a les preguntes de l'inspector sense saber que no tenien capacitat, ni legitimitació, ni dret a parlar en nom del Col·legi”*. I s'afegeix que *“els inspectors no van informar prèviament als treballadors que es van oferir a col·laborar, ni de les conseqüències de les seves declaracions, ni del dret a no dir res, ni dels requisits exigibles per donar validesa a les seves respostes. És obvi que si haguessin sabut que es tractava d'un expedient contra el centre, els professors no haguessin intervingut, per què són conscients de que la documentació oficial del centre no està al seu abast”*. I conclou que la informació recollida és parcial i mancada de rigor i certesa.

En relació amb aquestes queixes, és suficient remetre's a l'Acta d'inspecció, que cal insistir, fou signada voluntàriament per tots els representants del Col·legi, *“una vegada llegida i donada la conformitat de tots els presents”*, tal com consta a la part final de la pròpia Acta. I també consta a l'Acta, en aquest cas al principi, i després de consignar expressament que era una *“Acta d'Inspecció”* d'un *“Expedient d'informació prèvia”*, que *“El Cap d'Inspecció informa que aquesta inspecció va dirigida a verificar i aclarir determinats extrems relacionats amb un tractament de dades personals respecte uns fets que es van posar de manifest en una denúncia formulada davant l'Autoritat. En concret, la denúncia exposava, entre d'altres, que el dia 11/03/2011, la XXX del Col·legi Cor de Maria de Blanes junt amb un altre persona –de qui no es té informació- va obtenir la dada relativa al compte i contrasenya de Facebook d'un menor que respon a (...), sense el consentiment dels seus pares, a fi d'accedir a la informació que figurava al perfil d'aquest menor”*.

A partir d'aquesta exposició sobre els fets que justificaven aquella actuació d'inspecció, es van efectuar diverses preguntes, les quals foren contestades per la persona que la representació del Col·legi en aquell acte considerà més adequada, que en molts dels casos era la persona que ocupava el càrrec de XXX del curs escolar 2010-2011, atès que era la persona que va participar directament en els fets objecte d'imputació. En definitiva, que es va avisar amb antelació a l'entitat inspeccionada sobre l'acte d'inspecció presencial, que els inspectors de l'Autoritat un cop personats en el centre van ser rebuts per les persones que consten a l'acta, sense que haguessin efectuat cap reserva sobre la seva possible manca de legitimitació. Ans al contrari, van mostrar en tot moment tenir coneixement de la causa, finalitat i efectes d'aquell acte, i després de llegir l'acta corresponent, la van firmar en representació del Col·legi. És més, un cop celebrat l'acte d'inspecció i lliurada la còpia de l'acta a la representació del Col·legi en aquell acte, és lògic presumir que es va elevar al seu representant legal, sense que aquest hagués formulat davant l'Autoritat cap reserva ni observació al respecte.

No ha estat fins uns mesos després, quan es va tenir coneixement de la incoació del procediment sancionador, que s'han formulat un seguit de queixes al voltant d'aquell acte, i amb les quals el Col·legi va en contra dels seus propis actes. Per totes les raons que s'han exposat, la instructora rebutjà aquestes al·legacions.



Per afegitò, no es pot perdre de vista el motiu de la inspecció, que no era altre que comprovar la veracitat dels fets denunciats. Per tant, no requeria de personal amb coneixements tècnics, jurídics o organitzatius específics, sinó que únicament requeria la presència de qui havia estat present en el moment de produir-se el tractament de dades personals objecte d'aquest procediment. I en aquest sentit, tal com s'exposa expressament a l'Acta, la persona en qüestió, va corroborar els fets imputats, al reconèixer, en els punts 1.1 i 1.3 tercer paràgraf de l'acta, que es va ordenar al menor que introduís la seva contrasenya i usuari de Facebook i se li va donar la instrucció que ensenyés el contingut publicat a Facebook que afectava l'altre nen.

Finalment, resulta il·lustratiu invocar la Interlocutòria de data 28/06/93 del Tribunal Constitucional: *"(...)La premisa de la que parte es correcta, pues es cierto que las declaraciones prestadas por terceros en la fase de información reservada, previa a la incoación del procedimiento sancionador por parte de la autoridad competente, no revisten las garantías propias de la fase contradictoria del procedimiento, en donde las diligencias de comprobación son practicadas por el instructor con la participación de la persona sujeta al procedimiento (de acuerdo con los arts. 134 y 136 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la actualidad sustituidos por los arts. 69, 137, 135, 80 y 81 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, de 26 de noviembre).*

*Ahora bien, las declaraciones prestadas en el procedimiento por otros médicos y personal del Hospital, por diversas empresas suministradoras, y por otras personas, no carecen de todo valor probatorio, en el ámbito propio de la responsabilidad disciplinaria del personal de la Administración, ya que fueron declaraciones efectuadas por personas identificadas, ante un funcionario público competente, y quedaron debidamente documentadas en el legajo oficial ( STC 22/1990, fundamento jurídico 5).*

*No puede aceptarse, por consiguiente, que la Sentencia impugnada al formar su convicción sobre los elementos probatorios aportados por la Administración al proceso, al remitir el expediente administrativo, vulnerara la presunción de inocencia del actor. No es aceptable la traslación a este caso de la doctrina constitucional, que ha sido desarrollada en Sentencias de este Tribunal que conocieron de causas penales. En modo alguno puede confundirse el proceso penal con el procedimiento administrativo sancionador, al cual son de aplicación los principios del art. 24 CE con matices «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto» ( SSTC 18/1981, fundamento jurídico 2, y 2/1987, fundamento jurídico 6). Y, concretamente, hemos declarado que la Administración puede ofrecer en el proceso judicial medios de prueba, procurados por sus funcionarios, que pueden servir «para destruir la presunción de inocencia sin necesidad de reiterar en (la vía judicial) la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo.»*

### 2.3.- Sobre els fets imputats.

En l'al·legació quarta, el Col·legi Cor de Maria de Blanes esgrimia que: *"Si bé es cert que consta que algú sense cap poder ni representació va dir als inspectors que es va demanar a un menor de deu anys que posés el codi autenticador a la clau de Facebook, no es menys cert que la sessió d'aquest menor era oberta i els continguts accessibles sense cap restricció (la intenció del menor era fer pública la seva opinió); per la qual cosa, per accedir a la informació que va pujar el menor no calia fer servir cap clau d'autenticació. Els interlocutors*

*dels inspectors no ho sabien; en canvi, el director del Col·legi en té plena constància per què la incidència consta registrada al Fitxer XXX del centre (sic).*

*Tanmateix, el col·legi no ha tractat cap informació del menor ni, molt menys, la que tenia pujada a la Xarxa social de Facebook. Està comprovat que els companys dels menors i els pares son els que han entrat amb les seves pròpies claus.”*

Finalment, s'invocava el reglament intern de seguretat del col·legi, i es conclouia que: *“si els menors han fet servir els aparells per cometre delictes dins el recinte escolar, ho han fet contra les normes internes i el reglament intern de seguretat de manera que, la darrera responsabilitat per haver-ho fet, ha de correspondre als pares que saben i els consta que el col·legi no permet que els menors de 16 anys duguin aparells que puguin enregistrar imatges o veu dins del recinte físic o virtual del centre.”*

En l'escrit d'al·legacions a la proposta s'insisteix en la queixa sobre el relat fàctic de la instructora, pel fet que s'haurien obviat circumstàncies que a criteri del Col·legi, serien rellevants.

La resposta d'aquesta al·legació només es centrarà en abordar aquella part que fa referència als fets imputats en aquest procediment, atès que no correspon a aquesta Autoritat dilucidar sobre la presumpta responsabilitat dels menors o dels seus pares per dur a terme actuacions que a criteri de l'escola podrien vulnerar el seu reglament intern o altres normes. Igualment, tampoc no s'efectuarà cap consideració sobre les al·legacions referents a que els fets succeïts constaven a un registre denominat “Fitxer XXX” del centre, ja que, amb independència de si amb aquesta denominació es refereix o no al Registre d'Incidències previst al RLOPD, aquesta circumstància no afecta els fets aquí imputats ni la seva valoració.

Així doncs, tal com manifestava la instructora es considera que el fet que es pogués accedir a determinada informació inclosa al perfil de Facebook del menor, sense necessitat d'haver d'introduir l'usuari i la contrasenya per tal d'accedir a aquella informació, no desvirtua els fets imputats en aquest procediment sancionador, consistents en obligar a un menor d'edat a introduir els codis per accedir i consultar el contingut del seu compte a Facebook, tenint en compte que Facebook no és una eina pròpia del Col·legi ni vinculada a l'activitat escolar. A aquest respecte, com ja s'ha dit, durant la inspecció presencial realitzada el 28/03/2012, la persona que exercia el càrrec de XXX present en el moment de produir-se els fets objecte de denúncia, va reconèixer davant els inspectors d'aquesta Autoritat que ella havia donat instruccions al menor per tal que introduís l'usuari i contrasenya i després, mostrés determinada informació que allà constava.

Aquesta actuació descrita, i referida també a les al·legacions sisena i setena de l'escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, s'ha de considerar com un tractament de dades personals d'acord amb la definició prevista a l'article 3 c) de la LOPD, ampliada per l'article 5.1 t) del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el reglament de desplegament de la LOPD (en endavant, RLOPD) que defineix tractament de dades com: *“qualsevol operació o procediment tècnic, ja sigui automatitzat o no, que permeti la recollida, gravació, conservació, elaboració, modificació, consulta, utilització modificació, cancel·lació, bloqueig o supressió, així com les cessions de dades que resultin de comunicacions, consultes, interconnexions i transferències.”*

A aquest respecte cal subratllar que si bé l'operació material d'introducció dels codis d'accés al perfil la va efectuar el propi menor, en cap cas es pot considerar que es disposava del consentiment exigint per l'article 6 de la LOPD. D'una banda, perquè per les circumstàncies concurrents, no es pot considerar que l'eventual consentiment del menor complís amb els requisits previstos a l'art. 3.h) LOPD: *"qualsevol manifestació de la voluntat, lliure, inequívoca, específica i informada, mitjançant la qual l'interessat consenti el tractament de dades personals que el concerneixen"*. I d'altra banda, i sobretot, perquè al tractar-se d'un menor de catorze anys, l'eventual consentiment l'havien de prestar els pares o tutors (art. 13 del RLOPD).

Per tant, en la mesura que s'ha efectuat un tractament de dades personals, sense disposar del consentiment dels pares del dit menor –de conformitat amb allò que terminen les articles 6.1 de la LOPD i 13 del RLOPD- i sense habilitació legal que empari el dit tractament –doncs el Col·legi no ha invocat cap norma que permeti dur a terme el dit tractament a manca de consentiment- escau considerar que s'ha comès la conducta tipificada en l'article 44.3 b) de la LOPD.

En les seves al·legacions tendents a qüestionar els fets imputats i la seva qualificació, el Col·legi ha argumentat també que no s'han tractat les dades del menor sense el consentiment dels pares, ja que aquests *"han demanat que el col·legi tracti les dades dels seus fills amb la finalitat de gestionar els expedients acadèmic i formatiu dels alumnes i quan han formalitzat la petició, també han signat el document de consentiment informat denominat "targeta alfa de consentiment informat" mitjançant la qual, els pares autoritzen al centre a tractar la informació dels seus fills menors en l'àmbit disciplinari, d'acord amb el que disposen els reglaments, com es el cas que s'està tractant en el present expedient."* A aquest efecte, el Col·legi aportava a l'expedient una autorització signada pels pares del menor (...) per al curs 2003-2004. I conclouia el Col·legi que al no haver-se vulnerat cap norma, que no se l'imposi cap sanció.

Doncs bé, contràriament al que sosté el Col·legi en aquestes al·legacions, del contingut del document aportat com a prova pel Col·legi, no s'infereix que l'autorització dels progenitors del menor (...) fos per dur a terme el tractament de dades personals controvertit i que és objecte d'aquest procediment sancionador, sinó que tal com s'exposa expressament en la dita autorització, aquest consentiment els pares el presten per a què l'escola *"tracti les dades que voluntàriament cedeixo en els formularis acompanyats."* A més, cal tenir en compte que el tractament de dades –objecte d'aquest procediment sancionador- no es va perpetrar sobre una eina implantada pel Col·legi, sinó sobre una xarxa social aliena a l'activitat escolar com és *"Facebook"*.

En l'escrit d'al·legacions davant la proposta, en concret a l'al·legació sisena, i després d'haver negat en altres al·legacions els fets imputats, el Col·legi admet el següent *"XXX i una altra persona van accedir al contingut del compte de Facebook que va fer servir un alumne"*, si bé després d'admetre tal conducta, es justifica en el fet que aquell contingut era injuriós i atemptava drets fonamentals d'altres alumnes. Certament, si el Col·legi va tenir coneixement que un dels seus alumnes de deu anys d'edat, havia inclòs en un compte de Facebook manifestacions injurioses o que vulneraven drets fonamentals d'altres alumnes, és lògic que reaccionés amb alguna actuació, com podria ser contactar de forma immediata amb els pares

del menor que suposadament publicava aquella informació, amb els pares dels menors presumptament agredits a fi que aquests exercissin les accions corresponents per defensar els seus drets, o fins i tot posar-ho en coneixement de les autoritats competents per tal que aquestes determinessin les responsabilitats corresponents. Però el que no havia de fer en cap cas el Col·legi era, sota l'argument de voler preservar drets fonamentals d'una persona, vulnerar el dret fonamental a la protecció de dades de caràcter personal d'una altra persona.

És per això que també procedeix desestimar aquestes al·legacions.

**Tercer.-** Respecte al fet descrit a l'apartat de fets provats, l'article 44.3.b) de la LOPD, en la seva redacció donada per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible (en endavant, LES), tipifica com a infracció de caràcter greu:

*“Tractar dades de caràcter personal sense demanar el consentiment de les persones afectades, quan aquest sigui necessari de conformitat amb el que disposen aquesta Llei i les seves disposicions de desplegament.”*

En relació amb el tipus infractor citat anteriorment, l'article 6.1 de la LOPD, sobre el principi de consentiment, disposa el següent:

*“El tractament de les dades de caràcter personal requereix el consentiment inequívoc de l'afectat, llevat que la llei disposi una altra cosa.”*

I al seu torn, l'article 13.1 del RLOPD determina en relació al consentiment per al tractament de dades de menors d'edat que:

*“ 1. Es pot procedir al tractament de les dades dels més grans de catorze anys amb el seu consentiment, excepte en els casos en què la Llei exigeixi per a la seva prestació l'assistència dels titulars de la pàtria potestat o tutela. En el cas de menors de catorze anys es requereix el consentiment dels pares o tutors.”*

A aquest respecte, convé afegir que l'article 3.h) de la LOPD defineix el consentiment com: *“Qualsevol manifestació de la voluntat, lliure, inequívoca, específica i informada, mitjançant la qual l'interessat consenti el tractament de dades personals que el concerneixen.”* I l'article 5.1.t) del RLOPD defineix tractament de dades com: *“qualsevol operació o procediment tècnics, ja sigui automatitzat o no, que permeti la recollida, gravació, conservació, elaboració, modificació, consulta, utilització, modificació, cancel·lació, bloqueig o supressió, així com les cessions de dades que resultin de comunicacions, consultes, interconnexions i transferències.”*

Retornant al concepte de consentiment, es pot afirmar doncs que aquest ha de ser:

- a) Lliure, de manera que no estigui supeditat ni sotmès a cap condició.
- b) Específic, és a dir, referit a una determinada operació de tractament i per a una finalitat determinada, explícita i legítima del responsable del tractament.
- c) Informat, o sigui, que l'afectat conegui amb anterioritat al tractament, de l'existència d'aquest i les finalitats per a les quals es produeix.

- d) Inequívoc, que suposa que existeixi expressament una acció o omissió que impliqui l'existència del consentiment.

Així doncs, pel que fa al consentiment, l'article 6 de la LOPD disposa de forma molt clara i taxativa que per al tractament de les dades de caràcter personal cal el consentiment inequívoc de l'afectat, tret que una norma amb rang de llei disposi una altra cosa. I aquesta previsió s'ha de posar en relació amb l'article 3.h) de la LOPD, en el qual es preveu que el consentiment ha de ser una manifestació de voluntat lliure, i l'article 13 del RLOPD, que en el cas de menors de catorze anys –com és el cas present- exigeix que aquest consentiment el prestin els seus pares o tutors.

El consentiment és un dels eixos vertebradors de la normativa reguladora de la protecció de dades, per la qual cosa s'exigeix, per part de les entitats que tracten dades personals, un respecte escrupolós d'aquesta potestat de l'individu respecte de les seves dades. Al principi de consentiment s'hi referí el Tribunal Constitucional en la Sentència 292/2000, de 30 de novembre, quan definia el dret a la protecció de dades com un dret fonamental, que consistia *"... en un poder de disposició y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero (...) Y ese derecho a consentir el conocimiento y tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso les está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y uso"*.

Doncs bé, com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució, durant la tramitació d'aquest procediment ha quedat acreditat que el Col·legi Cor de Maria de Blanes va efectuar un tractament de dades personals contrari al que determina la LOPD i el RLOPD, atès que personal docent de la dita escola, va ordenar a un menor, que en aquell moment tenia deu anys d'edat, a introduir la seva contrasenya i usuari de Facebook per tal d'accedir i consultar determinada informació inclosa en el seu compte de Facebook, i això sense disposar del consentiment dels seus pares ni cap habilitació legal que emparés el dit tractament.

D'acord amb el que s'ha exposat, es considera acreditat que el Col·legi Cor de Maria de Blanes, va vulnerar el principi de consentiment, la qual cosa és constitutiva d'una infracció tipificada com a greu a l'article 44.3 b) en relació amb l'article 6.1, ambdós de la LOPD.

**Quart.-** En tractar-se el Col·legi Cor de Maria de Blanes d'una entitat de dret privat, resulta d'aplicació el règim sancionador general previst a l'article 45 de la LOPD.

El precepte esmentat preveu, per a les infraccions de caràcter greu, una sanció de multa de 40.001 fins a 300.000 euros.

No obstant l'anterior, tal com s'avançava a la proposta de resolució, la LES ha afegit un nou apartat 6 a l'article 45 de la LOPD, que preveu la possibilitat de formular una advertència enlloc d'imposar la multa corresponent, solució que procedeix aplicar aquí. El dit precepte determina el següent:

*“Excepcionalment l'òrgan sancionador, amb l'audiència prèvia dels interessats i atesa la naturalesa dels fets i la concurrència significativa dels criteris que estableix l'apartat anterior, pot no acordar l'obertura del procediment sancionador i, en lloc seu, advertir el subjecte responsable a fi que, en el termini que l'òrgan sancionador determini, acrediti l'adopció de les mesures correctores que siguin pertinents en cada cas, sempre que concorrin els pressupòsits següents:*

*a) Que els fets siguin constitutius d'infracció lleu o greu de conformitat amb el que disposa aquesta Llei.*

*b) Que l'infractor no hagi estat sancionat o advertit amb anterioritat.*

*Si l'advertència no és atesa en el termini que l'òrgan sancionador hagi determinat, escau l'obertura del procediment sancionador corresponent per aquest incompliment”.*

En el present supòsit, tal com proposava la instructora del procediment, es compleixen els requisits recollits als apartats a) i b) del citat article 45.6 de la LOPD, atès que d'una banda, els fets descrits a l'apartat de fets provats, es considera que podrien ser constitutius d'una infracció greu (concretament, la prevista a l'article 44.3.b de la LOPD) i de l'altra, perquè l'entitat imputada no ha estat mai sancionada ni advertida amb anterioritat per la comissió d'infraccions previstes a la LOPD.

Juntament amb l'anterior, es té en compte la naturalesa dels fets aquí imputats, i s'aprecia una concurrència significativa dels criteris previstos a l'article 45.5 LOPD a l'efecte d'aplicar l'advertència. Sobre la base de l'anterior, es considera que concorre en aquest cas el previst a l'art. 45.5.a) de la LOPD, que permet apreciar una disminució qualificada de la culpabilitat de l'entitat imputada, com a conseqüència de la concurrència significativa de diversos criteris dels previstos a l'article 45.4 de la LOPD. En concret, el caràcter no continuat de la infracció (art. 45.4.a), que es tracta d'un sol tractament de dades referit a una sola persona (art. 45.4 b), la manca de beneficis obtinguts com a conseqüència de la comissió de la infracció (art. 45.4.e), i la manca de reincidència per la comissió d'infraccions de la mateixa naturalesa (art. 45.4.g).

A banda de l'aplicació de l'advertència com a sanció substitutiva de la multa que pogués correspondre segons el previst a l'article 45.2 de la LOPD, l'article 21.3 de la Llei 32/2010 preveu que en la resolució per la qual es declari la infracció, s'imposin també les mesures a adoptar a fi de corregir els efectes de la infracció. En aquest sentit, cal assenyalar que ateses les circumstàncies del cas, no es considera procedent imposar l'adopció de mesures correctores concretes, atès que la infracció ha estat motivada per un fet aïllat i consumat, sense que persisteixin efectes a corregir.

Fent ús de les facultats que em confereixen l'article 15 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat de Catalunya,

## RESOLC

**Primer.-** Advertir al Col·legi Cor de Maria de Blanes, de conformitat amb allò que disposa l'article 45.6 de la LOPD, com a responsable d'una infracció prevista a l'article 44.3b) en relació amb l'article 6.1, ambdós de la LOPD.

**Segon.-** Notificar aquesta resolució al Col·legi Cor de Maria de Blanes.

**Tercer.-** Ordenar la publicació de la Resolució al web de l'Autoritat ([www.apd.cat](http://www.apd.cat)), de conformitat amb l'article 17.2 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa d'acord amb els articles 26.2 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades i 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, l'entitat imputada pot interposar, amb caràcter potestatiu, recurs de reposició davant la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en el termini d'un mes a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb el que preveu l'article 116 i següents de la Llei 30/1992 o bé interposar directament recurs contenciós administratiu davant els Jutjats del Contenciós Administratiu, en el termini de dos mesos a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb els articles 8, 14 i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Igualment, l'entitat imputada pot interposar qualsevol altre recurs que consideri convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

Maria Àngels Barbarà i Fondevila

Barcelona, 28 de setembre de 2012