

Reclamació: 31/2018

Informe jurídic emès a petició de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública en relació amb la reclamació per la denegació de l'accés a procediments sancionadors incoats per una entitat per activitat d'habitatge d'ús turístic

La Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP) demana a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades (APDCAT) que emeti un informe sobre la reclamació 31/2018 presentada en relació amb la denegació de l'accés a procediments sancionadors incoats per una entitat per activitat d'habitatge d'ús turístic.

Analitzada la sol·licitud, que s'acompanya d'una còpia de l'expedient administratiu tramitat davant la GAIP, i d'acord amb l'Assessoria Jurídica emeto l'informe següent.

Antecedents

1. En data 19 de desembre de 2017, la persona reclamant, adreça a l'ajuntament una sol·licitud d'accés relacionada amb els expedients sancionadors incoats per aquell ajuntament per infraccions de la Llei 13/2002, de Turisme de Catalunya.
2. En data 18 de gener de 2018 el responsable de l'ajuntament va emetre resolució per la qual s'estimava parcialment la sol·licitud d'informació.
3. En data 19 de febrer de 2018, la persona reclamant va presentar reclamació a la GAIP en la que sol·licitava que es dicti resolució per la qual s'acordi facilitar la informació sol·licitada a l'Ajuntament i, en concret fa constar que l'Ajuntament ha deixat de facilitar la informació relativa a:

“Número de procedimientos de protección de la legalidad que se hayan incoado por el Ayuntamiento con motivo de una presunta infracción de la Ley13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Catalunya.

- a) *De entre todos estos procedimientos administrativos, cuántos de ellos han incoado con una prueba consistente con un informe de inspección de unes capturas de pantalla de la plataforma Airbnb.*
- b) *De entre todos los mencionados procedimientos administrativos, cuántos de ellos han sido incoados a domicilios que se configuran como residencia habitual de sus titulares.*
- c) *De entre todos los mencionados procedimientos administrativos, cuántos de ellos se han incoado a los propietarios de las respectivas viviendas; y cuántos de ellos se han*

archivado en nombre del propietario como consecuencia de sus alegaciones y seguidamente se han incoado a nombre del arrendatario que tenía alquilada la vivienda.

- d) *De entre todos los mencionados procedimientos sancionadores, cuántos de ellos se han acogido de acuerdo con el artículo 105 de la Ley 13/2002, de Turismo de Catalunya a la posibilidad de obtener un 50% de descuento en la sanción y respaldaron así la mitad del importe. Asimismo se entregue una relación del dato únicamente del domicilio objeto de la sanción, atendiendo a que el Ayuntamiento ha cobrado los importes en concepto de una actividad económica en un emplazamiento que, por tanto, no es objeto de protección por a la Ley Orgánica 15/199, de Protección de Datos Personales”.*

4. En data 26 de febrer de 2018, la GAIP sol·licita a l'Ajuntament informe en relació amb la reclamació presentada i l'expedient relatiu a la sol·licitud d'accés.

5. En data 16 de març de 2018, l'Ajuntament tramet a la GAIP, l'informe requerit i la còpia de l'expedient complert en el qual reitera la concurrència dels límits establerts als articles 21, 23 i 29 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

6. En data 21 de març de 2018, la GAIP sol·licita a aquesta Autoritat que emeti informe en relació amb la reclamació presentada.

Fonaments Jurídics

I

De conformitat amb l'article 1 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, l'APDCAT és l'organisme independent que té per objecte garantir, en l'àmbit de les competències de la Generalitat, els drets a la protecció de dades personals i d'accés a la informació que hi està vinculada.

L'article 42.8 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que regula la reclamació contra les resolucions en matèria d'accés a la informació pública, estableix que si la denegació s'ha fonamentat en la protecció de dades personals, la Comissió n'ha de emanar informe a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, el qual ha de ser emès en el termini de quinze dies.

Per això, aquest informe s'emet exclusivament pel que fa a la valoració de la incidència que l'accés sol·licitat pot tenir respecte de la informació personal de les persones afectades, entesa com qualsevol informació numèrica, alfabètica, gràfica, fotogràfica, acústica o de qualsevol altre tipus relativa a persones físiques identificades o identificables sense esforços desproporcionats (arts. 5.1.f) i 5.1.o) del Reglament de desplegament de l'LOPD, (RLOPD), aprovat pel R. decret 1720/2007, de 21 de desembre). Per tant, queda fora de l'objecte d'aquest informe qualsevol

altre límit o aspecte que no afecti les dades de caràcter personal que constin en la informació sol·licitada.

El termini transcorregut per a l'emissió d'aquest informe pot comportar una ampliació del termini per resoldre la reclamació, si així ho acorda la GAIP i es notifica a totes les parts abans que conclogui el termini per resoldre.

En conseqüència, el present informe s'emet en base a les esmentades previsions de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades i la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern .

D'acord amb l'article 17.2 de la Llei 32/2010, aquest informe es publicarà al web de l'Autoritat un cop notificat a les persones interessades, amb l'anonimització prèvia de les dades de caràcter personal.

II

Per centrar l'anàlisi cal tenir en consideració l'article 18 de l'LTC, i en termes similars l'article 12 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència accés a la informació i bon govern (LT), que estableixen com a principi general que totes les persones tenen dret a accedir a la informació pública en els termes previstos en la llei.

D'acord amb l'article 19 de l'LTC s'entén per informació pública:

“...la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei”.

D'acord amb aquesta definició, els documents integrants dels expedients incoats per l'Ajuntament per suposades infraccions de la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya, i en concret els que formen part dels expedients sancionadors objecte de la reclamació, són informació pública a quin accés tenen dret els ciutadans en els termes previstos a la normativa de transparència accés a la informació pública i bon govern.

Ara bé, cal tenir en consideració que, d'acord amb els articles 20 i següents de la LTC, el dret d'accés a la informació pública pot ser denegat o restringit per les causes expressament establertes per les lleis. En concret, pel que fa a la protecció de dades de caràcter personal caldrà valorar, en primer lloc, si la informació que es sol·licita conté dades personals i, en cas afirmatiu, valorar si les dades són o no dades especialment protegides (art.23 LTC), i en el cas de tractar-se de dades personals no incloses a l'article 23, efectuar la ponderació raonada entre l'interès públic en la divulgació i els drets de les persones afectades.

L'article 23 de la LTC estableix que les sol·licituds d'accés a la informació pública han d'ésser denegades si la informació que es vol obtenir conté *“dades personals especialment protegides, com ara les relatives a la ideologia, la afiliació sindical, la religió, les creences, l'origen racial, la salut i la vida sexual, i també les relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives*

que no comportin l'amonestació pública a l'infractor, llevat que l'afectat hi consenti expressament per mitjà d'un escrit que ha d'acompanyar la sol·licitud."

En aquest mateix sentit l'article 15.1 de la LT, estableix:

"...Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de Ley. "

En el cas que ens ocupa, de entre tota la informació sol·licitada en la reclamació presentada, únicament es pot considerar dada de caràcter personal el domicili dels allotjaments d'ús turístic sancionats per infraccions a la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya. Per tant, res obstant, des del punt de vista de la protecció de dades de caràcter personal, a lliurar la resta de la informació reclamada.

Pel que fa a la dada del domicili dels allotjaments d'ús turístic, cal tenir en consideració, que es poden donar situacions diverses tant pel que fa als titulars d'aquests allotjaments d'ús turístic sancionats, que poden ser persones físiques o persones jurídiques, com pel que fa a les circumstàncies relatives als allotjaments, que en molts casos poden constituir el domicili habitual dels sancionats.

Així, l'article 3 a) de l'LOPD defineix dada de caràcter personal com "*qualsevol informació referent a persones físiques identificades o identificables*", i el Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de l'LOPD (RLOPD) estableix que "*aquest reglament no serà aplicable als tractaments de dades referits a persones jurídiques*", (art. 2.2); i considera com a persona identificable "*qualsevol persona la identitat de la qual es pugui determinar, directament o indirectament, mitjançant qualsevol informació referida a la seva identitat física, fisiològica, psíquica, econòmica, cultural o social*", sempre que aquesta identificació no requereixi "*terminis o activitats desproporcionats*" (article 5.1.o).

Per tant el límit de l'article 23 de l'LTC no serà d'aplicació en els supòsits en que els titulars dels allotjaments d'ús turístic siguin persones jurídiques en tant que les persones jurídiques no són titulars del dret a la protecció de dades personals.

III

L'article 2.3 del RLOPD disposa que les dades relatives a "empresaris individuals", quan s'hi faci referència en la seva qualitat de comerciants, industrials o naviliers, també s'han d'entendre excloses del règim d'aplicació de la protecció de dades de caràcter personal.

Ara bé, la interpretació que es faci d'aquests supòsits de l'RLOPD no ha de contradir el que es pugui desprendre de l'LOPD i, per tant, s'ha de fer una interpretació restrictiva d'aquest

precepte per tal d'evitar que determinats supòsits de tractament de dades de caràcter personal quedin fora del control de la normativa de protecció de dades. I així ho ha manifestat aquesta Autoritat en diversos dictàmens, com ara el CNS 16/2009, CNS 53/2016, o el CNS 57/2015.

L'exclusió prevista a l'article 2.3 de l'RLOPD, s'ha d'entendre referida exclusivament als empresaris individuals que tenen la condició de comerciants, industrials o naviliers (o a les persones físiques que actuen en nom d'aquests), i només quan les dades de l'empresari individual s'utilitzin en un context que podríem qualificar com estrictament professional.

Pel tal de determinar l'aplicabilitat de l'article 2.3 del RLOPD a les activitats objecte de la reclamació caldrà determinar si l'activitat d'allotjament d'ús turístic, s'inclou en el que genèricament es pot considerar com "*activitat comercial*", motiu pel qual caldrà tenir en compte la normativa sectorial.

D'acord amb l'article 1 del Codi de Comerç:

"Son comerciantes para los efectos de este Código:

1º. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

2º. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código."

L'article 3 del Codi de Comerç disposa que:

"Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil."

L'article 6.3 de la Llei 3/1993, de 22 de març, bàsica de les Cambres oficials de Comerç, Indústria i Navegació disposa que:

"Artículo 6 Pertenencia a las Cámaras y censo público de empresas

3. Se entenderá que una persona natural o jurídica ejerce una actividad comercial, industrial o naviera cuando por esta razón quede sujeta al Impuesto de Actividades Económicas o tributo que lo sustituya."

D'altra banda, la Llei 14/2002, de 27 de juny, de les Cambres oficials de comerç, indústria i navegació de Catalunya i del Consell General de les Cambres, disposa en el seu article 16.1 que:

*"Són electors de les cambres oficials de comerç, indústria i navegació les persones naturals i jurídiques, amb independència de llur nacionalitat, que **exerceixen una activitat comercial, industrial o naviliera** en el territori espanyol, en els termes establerts per l'article 6 de la Llei de l'Estat 3/1993, i que tenen establiments, delegacions o agències en l'àmbit territorial de la cambra respectiva, quan per l'activitat*

corresponent estiguin subjectes a l'impost sobre activitats econòmiques o a l'impost que el substitueixi.”

L'activitat d'habitatges destinats a ús turístic es troben subjectes a l'impost d'activitat econòmiques, dintre del grup 68 (*Servicios de hospedaje*) i dintre d'aquest en els grups 685 "*Alojamientos turísticos extrahoteleros*" o 686 "*Explotación de apartamentos privados a través de agencia o empresa organizada*", d'acord amb el que estableix el Reial Decret Legislatiu 1175/1990, de 28 de setembre, pel qual s'aproven les tarifes i la instrucció de l'IAE.

Ara bé, tot i que l'activitat d'allotjament d'ús turístic sigui una activitat comercial i que els titulars siguin considerats comerciants a efectes de l'article 2.2 de RLOPD, això no ha d'implicar que necessàriament i en tots els supòsits quedin exclosos de l'esfera de protecció de l'LOPD ja que és necessari diferenciar quan una dada de l'empresari individual fa referència a la vida privada de la persona i quan a l'activitat empresarial. En el primer cas entra en joc la protecció de l'LOPD.

Així, la Sentència SAN 2363/2011, (Rec. 31/2010), determina que aquesta tasca de diferenciació entre l'esfera merament privada i l'empresarial pot basar-se en dos criteris diferents i complementaris:

Un el criteri objectiu de la classe i naturalesa de les dades tractades, segons estiguin en connexió i facin referència a una esfera (l'intima i personal), o l'altra (la professional de l'activitat). I dos, el de la finalitat del tractament i les circumstàncies en què aquest es desenvolupa, criteri que operaria en aquells casos en què alguna de les dades professionals coincideixi amb les particulars (per exemple coincidència de l'habitatge d'ús turístic amb el domicili habitual del empresari individual).

La legislació de protecció de dades no seria aplicable als supòsits en què les dades de l'empresari individual sotmeses a tractament facin referència únicament a aquest en la seva condició de comerciant, això és, a la seva activitat empresarial. Però l'ús d'aquestes dades ha de quedar limitat a aquestes activitats empresarials. Si la utilització de les dades es produís en relació amb un àmbit diferent quedaria plenament sotmesa a les disposicions de l'LOPD.

Com a antecedents a la sol·licitud d'informació el reclamant descriu la problemàtica en relació al Pla de Xoc per combatre els habitatges d'ús turístic il·legal que motiven la seva consulta i, en el marc del qual manifesta que s'han obert de forma automatitzada procediments administratius i s'han incoat procediments de protecció de la legalitat i procediments sancionadors "*contra persones físiques que cedien de forma esporàdica la seva residència habitual i permanent acreditada*".

Es tractaria doncs, en molts casos, de persones físiques que estarien portant a terme activitats comercials relatives a l'explotació d'allotjaments turístics, i en els que les dades professionals coincidirien amb les particulars per la coincidència de l'habitatge d'ús turístic amb el domicili habitual del empresari individual. En aquests casos, la comunicació de la dada del domicili de l'activitat empresarial permetria, sense esforços desproporcionats identificar a la persona sancionada amb la corresponent invasió en la seva esfera personal, respecte d'unes dades que en el context en el que es volen obtenir tindrien a l'empresari de l'LOPD la consideració d'especialment protegides.

Així doncs, tenint en compte la naturalesa de la informació analitzada i les repercussions que la seva divulgació pot tenir per a la persona física titular de l'establiment, aquesta ha de ser tractada com informació de caràcter personal sotmesa a l'àmbit d'aplicació de l'LOPD i en conseqüència a aquestes dades els seria d'aplicació el límit de l'article 23 de la LTC.

Sobre aquesta qüestió, recordar també que l'article 19.2 del Projecte de Llei Orgànica de Protecció de Dades de Caràcter Personal, aprovat pel Consell de Ministres el 10 de novembre de 2017, i publicat al BOCG, Congreso de los Diputados Serie A Núm. 13-1 de 24 de novembre de 2017, encara que per raons obvies no resulta aplicable, no exclou de l'àmbit d'aplicació de la legislació de protecció de dades a les dades relatives als empresaris individuals sinó que habilita en determinats supòsits el seu tractament, quan estableix que:

“Artículo 19. Tratamiento de datos de contacto y de empresarios individuales.

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá amparado en lo dispuesto en el artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679 el tratamiento de los datos de contacto de las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el tratamiento se refiera únicamente a los datos necesarios para su localización profesional.

b) Que la finalidad del tratamiento sea únicamente mantener relaciones de cualquier índole con la persona jurídica en la que el afectado preste sus servicios.

2. La misma presunción operará para el tratamiento de los datos relativos a los empresarios individuales cuando se refieran a ellos únicamente en dicha condición y no se traten para entablar una relación con los mismos como personas físicas.”

IV

El límit de l'article 23 de l'LTC pel que fa a les dades relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives, tret de les que comportin amonestació pública, no serà d'aplicació quan es disposi del consentiment exprés de l'afectat o bé quan una norma amb rang de llei hagi previst expressament la seva publicació (art.15.1 LT).

L'amonestació pública és un tipus de sanció administrativa prevista en l'exercici de la potestat punitiva sobre determinats sectors d'activitat, mentre que en altres matèries la normativa sancionadora preveu la publicitat de les sancions que s'imposin. En aquest sentit el Tribunal Suprem, entre altres per Auto de 2 d'octubre de 2015 (rec. 1003/2015), ha determinat que en aquests supòsits el legislador considera la concurrència d'un interès públic en fer públiques les sancions imposades, amb la finalitat que correspongui a cada sector, publicitat que, quan es tracti de la imposició d'una sanció d'amonestació pública a l'infractor s'estén a la resta de dades relatives a la comissió de la infracció.

La Llei 13/2002, de 21 de juny, de Turisme de Catalunya no preveu l'existència de sancions d'amonestació pública com a complement de les sancions principals establertes.

Pel que fa a la publicitat de les sancions, l'esmentada Llei 13/2002, estableix:

“Article 95

Constància i publicitat de les sancions

1. En cas d'imposició de sancions per infraccions greus o molt greus d'aquesta Llei, l'òrgan sancionador ha de comunicar al Registre de Turisme de Catalunya la resolució ferma corresponent, en el termini de deu dies d'haver estat notificada. Les persones interessades poden sol·licitar la cancel·lació de la inscripció de la sanció imposada, un cop transcorreguts dos anys des de l'anotació, sens perjudici que el mateix Registre pugui efectuar d'ofici l'esmentada cancel·lació.

2. En cas d'infraccions molt greus d'aquesta Llei, l'autoritat que ha resolt l'expedient pot acordar la publicació de la sanció, un cop esdevinguda ferma en la via administrativa, en previsió de futures conductes infractores.

3. Si, com a conseqüència de la incoació d'un expedient administratiu, se sanciona la infracció d'aquesta Llei en matèria de publicitat, l'òrgan competent pot exigir als infractors la publicació d'un comunicat en què es rectifiqui la publicitat efectuada, publicació que s'ha de fer en condicions i amb mitjans iguals o similars a aquells en què es va produir l'actuació sancionada.”

Així, la normativa de turisme catalana preveu que les infraccions greus o mol greus es comuniquin al Registre de Turisme de Catalunya, amb la possibilitat cancel·lació de la inscripció corresponent transcorreguts dos anys des de l'anotació, ja sigui a petició de les persones interessades o d'ofici per part del mateix Registre.

Cal tenir en consideració les funcions que la Llei 13/2002 atribueix a aquest registre, així l'article 73 preveu:

“1. El Registre de Turisme de Catalunya és un òrgan de naturalesa administrativa que té per objecte l'exercici de la funció registral relacionada amb l'ordenació i el control del sector turístic. També li correspon de dur a terme activitats informatives, estadístiques, de certificació i de suport als òrgans amb competències relacionades amb l'estudi i la recerca en matèria turística.

2. El Registre de Turisme de Catalunya és adscrit a l'Administració de la Generalitat, per mitjà de la direcció general competent en matèria de turisme.

3. S'inscriuen en el Registre de Turisme de Catalunya totes les empreses i els establiments turístics regulats per aquesta llei i la normativa que la desplega.

4. Es poden inscriure al Registre de Turisme de Catalunya el conjunt d'empreses, entitats i establiments que desenvolupen activitats d'interès turístic a Catalunya.

5. El número d'inscripció en el Registre de turisme de Catalunya de les empreses i els establiments turístics ha de constar en tota mena de publicitat que els anunciï.”

Per tant, correspon al registre de Turisme de Catalunya, segons l'article transcrit, a més de la funció registral, dur a terme activitats informatives i de suport als òrgans amb competències en matèria de turisme. En conseqüència, l'anotació al registre de les infraccions greus i molt greus

no està configurada com a pública per als ciutadans, sinó que sembla tenir efectes de suport als òrgans amb competències en matèria de turisme.

Únicament per a les infraccions molt greus es preveu expressament la possibilitat que l'òrgan amb competències sancionadores acordi la publicació de la sanció, en aquest cas el legislador, ha considerat la concurrència d'un interès públic en fer públiques les sancions amb la finalitat dissuasiva d'evitar noves infraccions en el futur. S'articula doncs com una publicitat facultativa de les sancions que s'imposin, que no es produirà en tots els casos sinó únicament quan l'òrgan competent així ho acordi.

En definitiva, tret dels supòsits en que l'òrgan competent acordi la publicació de les infraccions molt greus de la Llei de turisme, no es pot concloure l'existència d'habilitació legal que permeti l'accés a dades relatives a la comissió d'infraccions administratives en aquesta matèria, i per tant excepte que es compti amb el consentiment exprés i per escrit de la persona afectada (art.7 de l'LOPD), serà d'aplicació el límit previst a l'article 23 de la LTC.

Conclusió

Excepte pel que fa al domicili dels allotjaments turístics objecte dels expedients incoats per l'Ajuntament, la informació sol·licitada pel reclamant no conté dades de caràcter personal.

La normativa de protecció de dades no impedeix lliurar la informació sobre nombre de procediments incoats a que es refereixen els apartats a), b) i c) de l'antecedent 3 d'aquest informe, ni a l'adreça dels allotjaments turístics sancionats quan els subjectes sancionats siguin persones jurídiques.

Quan el titular de l'allotjament d'ús turístic sigui una persona física empresari individual i es donin les circumstàncies exposades a l'informe, l'atorgament de l'accés a la informació relativa a l'adreça dels allotjaments turístics sancionats per incompliments de la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya, no resultaria respectuós amb el dret a la protecció de dades de caràcter personal.

Barcelona, 18 d'abril de 2018