

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. PS 20/2017, referent a VALORIZA Servicios a la Dependencia, S.L.**Antecedents**

1.- En data 04/11/2016 va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'una persona pel qual formulava denúncia contra l'empresa Valoriza Servicios a la Dependencia, SL (en endavant, VALORIZA), 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). L'empresa VALORIZA presta, per compte de l'Institut Municipal dels Serveis Socials de l'Ajuntament de Barcelona (en endavant, IMSS), el Servei d'Atenció Domiciliària (en endavant, SAD)-.

En concret, la persona denunciant (identificada a l'acord d'iniciació) exposava que la seva mare (identificada a l'acord d'iniciació) és usuària del SAD que presta VALORIZA, i es queixava del fet que aquesta empresa hagués accedit i tractat, sense el seu consentiment, dades relatives a la seva salut (en concret, ser portador del VIH).

2.- L'Autoritat va obrir una fase d'informació prèvia (IP 209/2016), d'acord amb l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, i l'article 55.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, per tal de determinar si els fets eren susceptibles de motivar la incoació d'un procediment sancionador, la identificació de la persona o persones que poguessin ser responsables i les circumstàncies rellevants concurrents en uns i altres.

En el si d'aquesta fase d'informació, per mitjà d'ofici de data 14/11/2016, es va requerir l'IMSS per tal que donés compliment al següent:

- Aportés una còpia de l'expedient complet gestionat pels serveis socials (que integrés tant la part automatitzada com no automatitzada) relatiu a la mare de l'aquí denunciant, pel que fa a la prestació del SAD.
- Aportés una còpia de la documentació que regeix la relació contractual entre l'IMSS i l'empresa adjudicatària de la prestació del SAD a la Zona 2, on radicaria el domicili de la mare de la persona aquí denunciant.

L'IMSS va respondre l'anterior requeriment a través d'oficis de dates 28/11/2016 i 29/11/2016, mitjançant els quals aportà la següent documentació:

- Còpia de expedient requerit relatiu a la prestació del SAD, que consta dels següents documents.
 - a) "*Petició de servei de SAD. Detall de la petició*", amb data d'alta de 13/07/2012.
 - b) "*Pacte de prestació del servei d'atenció domiciliària*", de data 01/08/2012, signat per la persona usuària del servei i on consta, entre d'altres, el segell de l'empresa que en aquella data prestava el SAD (CLECE).

Les úniques dades personals relatives a la persona aquí denunciant que es recullen en l'anterior documentació són les que consten a l'apartat "*Problemàtica que origina la intervenció del SAD*" del document "*Petició del servei SAD. Detall de la petició*", en

concret: *“El seu cuidador és el seu fill (...)de 47 anys, que viu amb ella però a vegades es passa temporades fora i té previst començar a treballar”.*

- Còpia del *“Plec de clàusules administratives particulars”* relatives al *“contracte de gestió del Servei públic d’Atenció Personal i Neteja de la Llar dels serveis socials d’atenció domiciliària dels serveis socials bàsics de l’Ajuntament de Barcelona amb incorporació de criteris Socials”*. En aquest plec s’estipula que la durada de les prestacions serà com a màxim des del 01/01/2016 –o en el seu cas de de l’endemà de la formalització del contracte-, fins el 31/12/2017.

A la clàusula 20.3, relativa a les *“Obligacions del contractista”*, s’estableix que el contractista es considera, a efectes d’aquest contracte, encarregat del tractament. A aquest respecte es recullen les previsions requerides per l’article 12 de la LOPD –relatiu a l’encàrrec del tractament-, i es concreta que les dades a les quals té accés l’adjudicatari estan incloses en el fitxer *“SIAS”*.

- Còpia del *“Plec de clàusules Tècniques Particulars”* relatives al contracte de gestió del servei públic abans especificat. A l’apartat 8.3 *“Mitjans per la connexió a l’aplicació de gestió del SAD de l’Ajuntament de Barcelona”* de la clàusula 8 d’aquest Plec, relativa als *“Mitjans materials i informàtics”*, s’especifica que *“L’Ajuntament de Barcelona disposa de l’aplicació informàtica SAD-BCN, que s’utilitza per a la gestió del servei. Les empreses hauran de connectar-s’hi i seran responsables d’actualitzar les dades referides als usuaris i els serveis relatius a la gestió dels casos en els sistemes d’informació establerts per l’Ajuntament”*

3.- Mitjançant ofici de l’1/12/2016 es va tornar a requerir l’IMSS per tal que facilités la següent informació:

- Aportés una còpia del contracte formalitzat entre l’IMSS i l’empresa adjudicatària del SAD a la Zona 2, zona on radicaria el domicili de la mare de l’aquí denunciante.
- Si al marge de la informació que consta a l’expedient del SAD del qual s’havia aportat una còpia, informés si en algun altre fitxer al qual l’IMSS hi té accés, hi consta informació relativa a la salut de la persona aquí denunciante, i que actua com a cuidador de la seva mare. En cas afirmatiu:
 - Indiqués en quin fitxer s’inclouen aquestes dades de salut.
 - Concretés les dades de salut que hi figuren de la persona aquí denunciante.
 - Informés si aquestes dades de salut s’han comunicat a terceres persones i, en concret, a l’empresa adjudicatària del servei SAD que presta el servei al domicili de la mare de l’aquí denunciante.

L’IMSS va respondre aquest segon requeriment a través d’escrit de data 12/12/2016, mitjançant el qual exposava el següent:

- Que *“des de la Direcció del Centre de Serveis Socials (...)del Districte de Gràcia, se’ns informa que amb motiu de l’inici de l’atenció al Centre del Sr. (nom de l’aquí denunciante) com a usuari de serveis socials bàsics, en data (...)de 2014, es van introduir les seves dades personals al fitxer SIAS de l’Ajuntament de Barcelona”.*
- Que *“la incorporació de les esmentades dades al fitxer SIAS és consentida expressament pels usuaris dels serveis socials bàsics, amb caràcter previ a l’inici de l’atenció. En el fitxer esmentat consten les dades de salut del Sr. (nom de l’aquí denunciante) que ens ha*

comunicat al llarg de les entrevistes mantingudes amb motiu de la seva atenció i la de la seva mare”.

- *Que “Les esmentades dades no han estat comunicades a terceres persones, per part dels treballadors de serveis socials bàsics”.*
- *Que “des del Centre de Serveis Socials (...)ens informen que en data 21 d'abril de 2016, el Sr. (nom de l'aquí denunciante) va mantenir una reunió amb la coordinadora tècnica del SAD, Zona 2, i amb la treballadora familiar, ambdues de l'empresa adjudicatària del servei (Valoriza Serveis a la Dependència, S.L.), durant la qual els va manifestar el seu estat de salut. S'adjunta correu electrònic (...) on consten les dades de salut comunicades pel Sr. (nom de l'aquí denunciante) a l'empresa adjudicatària del servei i que coincideixen amb les incloses al SIAS”.*

Junt amb aquest escrit, l'IMSS aportava la documentació següent:

- *Còpia del “Contracte que té per objecte el Servei Públic d'Atenció Personal i Neteja de la Llar dels serveis socials d'atenció domiciliària dels serveis socials bàsics de l'Ajuntament de Barcelona (Zona 2)”, de data 01/03/2016, formalitzat entre l'IMSS i l'empresa VALORIZA.*
- *Còpia d'un correu electrònic remès per VALORIZA al Centre de Serveis Socials (...)el 14/11/2016, on l'empresa exposa que en una reunió de coordinació del servei que va tenir lloc el 21/04/2016 en el domicili de la mare de l'aquí denunciante i usuària del servei, qui hi estava present, juntament amb la coordinadora tècnica, la treballadora familiar i el fill de la usuària del servei –l'aquí denunciante-, aquest va manifestar “que té un grau de discapacitat del 65%, VIH (pren medicació) i fibromiàlgia”.*

4.- Mitjançant ofici de 16/12/2016, l'Autoritat va sol·licitar a la persona aquí denunciante que ratifiqués, si s'esqueia, la informació facilitada per VALORIZA en relació amb el contingut de la reunió que va tenir lloc al domicili de la seva mare el 21/04/2016, sobre la prestació del servei SAD.

La persona denunciante va donar resposta a la sol·licitud d'informació mitjançant escrits rebuts a l'Autoritat els dies 16/12/2016 i 17/12/2016, mitjançant els quals exposava el següent:

- *Que “A l'igual que la meua mare, jo tinc expedient obert als Serveis Socials de Barcelona, tenint com a treballadora social a (...) (la mateixa que la meua mare). Per fer l'apertura d'aquest expedient, (...) exposo totes les circumstàncies personals, laborals, etc., per tal de donar el màxim d'informació i es pugui valorar el meu cas degudament. És en aquest acte on jo si manifesto les meves malalties tant VIH+ com altres associades”.*
- *Que “Valoriza (...) en aquella visita que es menciona del dia 21/04/2016, la coordinadora que va venir (...) fa un repàs de la situació. Mai i dic mai, he manifestat a aquesta o qualsevol altre coordinadora de manera explícita que soc VIH+. Sí que exposo la meua condició de discapacitat com abans deia, per tal de que valorin adequadament la situació globalment”.*
- *Que “les persones que van assistir a la reunió només va ser una. La coordinadora. La treballadora familiar com a tal no hi era present tota la estona a la reunió, ja que estava fent les seves tasques diàries amb la meua mare”.*

5.- Mitjançant escrit de 22/12/2016, es va requerir l'empresa VALORIZA, per tal que aportés la següent informació en relació amb els fets denunciats:

- Indiqués el canal -i les concretes circumstàncies- a través del qual VALORIZA va obtenir les dades de salut de la persona aquí denunciant, i en concret aquella relativa al VIH. A aquest respecte:
 - a. En cas que les dades haguessin estat facilitades per la mateixa persona aquí denunciant, acreditis la prestació del seu consentiment exprés per al tractament de les dites dades per part de VALORIZA.
 - b. En cas que fos un altre l'origen de la informació, indiqués la normativa que habilitaria la recollida i tractament de les dades de salut de la persona denunciant per part de VALORIZA.

VALORIZA va donar resposta a l'anterior requeriment mitjançant escrit de 12/01/2017, pel qual s'exposava el següent:

- Que el SAD *"se presta por parte de personal de Valoriza, trabajadores familiares y coordinadores técnicos fundamentalmente, a los usuarios que tengan concedida la ayuda por parte del IMSS, y previa comunicación por el trabajador social municipal a Valoriza mediante el correspondiente alta de usuario"*.
- Que *"en el marco de la prestación del Servicio se realizan entrevistas de seguimiento, bien presenciales, bien telefónicas, de las que se deja constancia en el expediente individual del usuario que se lleva en el programa informático de gestión específico denominado JANO"*
- Que *"como consta en el expediente, el canal de obtención de la información ha sido la comunicación verbal por parte del propio denunciante a la Coordinadora Técnica de Valoriza, en visita de seguimiento al domicilio celebrada el día 21 de abril de 2016. Así consta en el informe de seguimiento JANO, cuya copia insertamos como Anexo I"*.
- Que el tractament de les dades de salut de la persona denunciant, sense comptar amb el seu consentiment exprés, estava habilitada per allò que disposa l'article 7.6 de la LOPD. *"En este sentido, los datos personales del hijo de la persona usuaria del Servicio de ayuda a domicilio se han recabado directamente del afectado y están siendo tratados para prevenir posibles contagios derivados de la atención sanitaria de la usuaria, sin que hayan sido divulgados, como bien consta en el expediente."*
- Que *"hemos de señalar que el Expediente Individual de la usuaria contiene un seguimiento periódico y un contacto frecuente de Valoriza con el hijo de la usuaria, reflejando en los últimos contactos malestar y falta de acuerdo entre las partes con el desarrollo del Servicio"*.

Junt amb el seu escrit, VALORIZA aportava un document intítulat *"Informes de seguimiento"*, del període comprés des del *"21/04/2016 al 31/12/2016"* en relació amb el servei prestat a la mare de l'aquí denunciant. En aquest informe consta el següent literal:

"Fecha 21/04/2016 Tipo informe: Visita de seguimiento"

Persona ref: (...)

Canal: Presencial

Descripción: Data 21/04/2016

1.- ASSISTENTS:

Usuària: (nom de la mare de l'aquí denunciant)

Coordinadora Tècnica: (...)

Altres: (...)(fill) i (...) (TF)

(...)

7.- ACORDS/OBSERVACIONS:

El fill manifesta que ell té un grau de discapacitat del 65%. VIH (pren medicació) i fibromialgia per la qual cosa necessita ajuda ja que té problemes (...)"

6.- En data 11/07/2017 la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra VALORIZA per una presumpta infracció molt greu prevista a l'article 44.4.b) en relació amb l'article 7.3 de la LOPD. Així mateix, va nomenar persona instructora de l'expedient a la funcionària de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, (...). Aquest acord d'iniciació es va notificar a l'entitat imputada el 18/07/2017.

En l'acord d'iniciació 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 i proposar la pràctica de proves que considerés convenientes per a la defensa dels seus interessos.

7.- En data 27/07/2017 es va donar vista de l'expedient als representants de VALORIZA, a qui se'ls va facilitar una còpia de documentació inclosa a les actuacions.

8.- VALORIZA va formular al·legacions a l'acord d'iniciació mitjançant escrit d'01/08/2017. Juntament amb les al·legacions presentades, l'entitat imputada proposava la pràctica de prova: per una banda prova documental; i d'altra, prova testifical consistent en recavar el testimoni de dues persones treballadores de VALORIZA que havien estat presents a la reunió que es va celebrar al domicili de la mare de la persona aquí denunciant (amb la presència de l'aquí denunciant) el 21/04/2016 (Sra. (...)-qui en la data de presentació de l'escrit d'al·legacions ja no prestava serveis a VALORIZA- i Sra. (...)). En relació amb les proves proposades, la persona instructora en data 21/09/2017 va acordar la seva admissió; i es tramitaren les corresponents citacions als testimonis proposats.

9.- El dia 05/10/2017 es va contactar amb la Sra. (...), qui va manifestar a la instructora d'aquest procediment que el seu testimoni no podia aportar res al procediment sancionador de referència en la mesura que li era impossible recordar reunions o actuacions relacionades amb un cas en concret, atès el temps transcorregut i la quantitat de casos que portava quan prestava serveis a VALORIZA.

De la conversa mantinguda amb la Sra. (...) s'aixecà la corresponent diligència, la qual es va notificar a VALORIZA en data 09/10/2017.

10.- El dia 06/10/2017 es va recollir a la seu de l'Autoritat el testimoni de la Sra. (...), amb presència del representant de VALORIZA, qui va poder formular les preguntes que considerà oportunes al testimoni, prèvia declaració de pertinència per part de la instructora.

11.- En data 15/12/2017 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 imposés a VALORIZA la sanció consistent en una multa de 60.000 (seixanta mil) euros com a responsable d'una infracció molt greu prevista a l'article 44.4.b), en relació amb l'article 7.3 de la LOPD. Aquesta proposta de resolució fou notificada en data 15/12/2017, i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

12.- Per mitjà d'escrit de 03/01/2018 l'entitat imputada va reconèixer la seva responsabilitat en els fets imputats, alhora que acreditava que en data 28/12/2017 havia procedit a efectuar el pagament de forma avançada de 36.000 (trenta-sis mil) euros corresponents a la sanció pecuniària que proposava la persona instructora en la proposta de resolució, una vegada aplicades les corresponents reduccions previstes a l'article 85 de la Llei 39/2015.

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

Fets Provats

L'empresa VALORIZA presta, per compte de l'Institut Municipal dels Serveis (IMSS) de l'Ajuntament de Barcelona, el Servei d'Atenció Domiciliària (SAD). En el marc de la prestació d'aquest servei, VALORIZA va recollir i tractar a l'expedient personal de la usuària del servei Sra. (...) (que es gestiona a través del programa de gestió JANO), dades relatives a la salut de la persona aquí denunciant (fill de la persona usuària i qui actuava com el seu cuidador), sense haver recavat el seu consentiment exprés. En particular, l'empresa esmentada va recollir la dada de salut "*VIH (pren medicació)*" referent a la persona aquí denunciant a l'expedient personal de la usuària del servei SAD, en concret al document anomenat "*informe de seguimiento*" emès amb motiu de la reunió que va mantenir personal de VALORIZA amb la usuària del servei i l'aquí denunciant al domicili d'aquella el dia 21/04/2016.

Fonaments de Dret

1.- És d'aplicació al present procediment el previst a la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC); així com 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^a de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades. De conformitat amb els articles 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.

2.- De conformitat amb l'article 85.3 de la LPAC, tant el reconeixement de responsabilitat per part de l'entitat imputada, com el pagament voluntari avançat de la sanció pecuniària proposada, comporten l'aplicació d'unes reduccions, l'efectivitat de les quals està condicionada al desistiment o la renúncia de qualsevol acció o recurs en via administrativa contra la sanció. També per a ambdós casos, els apartats 1 i 2 de l'art. 85 de la LPAC han previst la terminació del procediment.

Com s'ha exposat als antecedents, l'entitat imputada s'ha acollit a les opcions esmentades que impliquen la reducció en l'import de la sanció i no ha formulat al·legacions davant la

proposta de resolució, tot i que sí ho va fer davant l'acord d'iniciació. A aquest respecte, es considera oportú reiterar a continuació allò més rellevant de la resposta motivada que en la proposta de resolució donà la persona instructora a aquestes al·legacions que l'entitat imputada havia formulat davant l'acord d'iniciació.

2.1.- Sobre el diligent compliment per part de VALORIZA de les obligacions derivades de la LOPD.

En la seva primera al·legació a l'acord d'iniciació l'entitat imputada exposava detalladament algunes de les actuacions dutes a terme per complir adequadament amb la normativa de protecció de dades, especialment pel que fa a la figura l'encarregat del tractament, mesures de seguretat, obligació de confidencialitat de les dades i formació de les persones que presten servei a l'organització; aportant tot un seguit de documentació per tal d'acreditar aquest extrem.

Tal com va exposar la instructora, es valora molt positivament les actuacions i mesures implementades per VALORIZA per tal de complir amb la normativa de protecció de dades, circumstància però que no altera el fet imputat en aquest procediment ni tampoc la seva qualificació jurídica. Això, sens perjudici que aquest element s'hagi pogut tenir en compte als efectes de la fixació de la sanció imposada, qüestió que s'analitza al fonament de dret 4t.

2.2.- Sobre la concurrència dels pressupòsits exigits per la normativa per tractar dades relatives a la salut.

L'entitat imputada asseverava que en el cas que aquí ens ocupa concorrerien els dos pressupòsits previstos per la normativa (art. 7.3 de la LOPD) que permetrien -cadascun d'ells per separat- tractar les dades de salut de la persona aquí denunciada: habilitació legal i consentiment exprés de la persona afectada. S'analitza seguidament l'eventual concurrència de cadascun d'aquests pressupòsits.

2.2.1.- Sobre la concurrència del consentiment exprés per tractar les dades de salut.

VALORIZA sostenia que havia estat la persona denunciada qui va facilitar voluntàriament les seves dades de salut, i en concret que era portador del VIH, en el marc de la reunió que es va celebrar el 21/04/2016 al domicili de la mare de l'aquí denunciada, i que ho va fer sense que cap persona de VALORIZA li sol·licités aquesta informació. En aquest sentit, l'entitat imputada mantenia que les dades de salut de l'aquí denunciada -que es van incorporar a l'acta escrita d'aquella reunió- només les havia pogut obtenir de les informacions que ell mateix havia facilitat, atès que VALORIZA no té accés a cap fitxer o "*fuentes de datos*" que inclogui les dades controvertides.

VALORIZA incidia en el seu escrit d'al·legacions, especialment en el fet que les coordinadores i treballadores familiars que presten el servei SAD "*no inquietan nunca sobre datos de salud de familiares del Servicio, y que solo tratan dichos datos si les son facilitados y con la finalidad de utilizarlos para el estricto cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la atención a la*

Carrer Rosselló, 214, Esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

dependencia y, en particular, para aplicar las medidas de prevención vinculadas a la prestación del Servicio”.

VALORIZA defensava que *“si el interesado facilita voluntariamente sus datos de salud, tal comunicación debe interpretarse en el sentido de que el interesado otorga consentimiento expreso para que dichos datos sean tratados”*; consentiment exprés que és l'únic que exigeix l'article 7.3 de la LOPD, ja que aquest precepte no requereix que el consentiment sigui, a més, per escrit.

En primer lloc cal abordar la qüestió relativa a l'origen de la informació controvertida. A aquest respecte cal dir que, tal com es recull als antecedents, la persona denunciant nega de manera contundent haver facilitat la informació relativa a que és VIH, per la qual cosa hi ha una contradicció evident entre ambdues parts. En aquest sentit, tampoc el testimoni de la Sra. (...) no ha servit per dirimir la qüestió. En efecte, la Sra. (...), qui prestava serveis com a treballadora social en el domicili de la mare de l'aquí denunciant, en la seva declaració davant l'Autoritat i els representants de VALORIZA va afirmar que ella no va participar en la reunió celebrada el 21/04/2016. És més, la Sra. (...) va declarar que ignorava la condició de VIH de la persona aquí denunciant.

És per això que, tal com evidenciava la instructora a la proposta, no es pot establir de forma indubtable quin fou l'origen de la informació controvertida continguda en l'“informe de seguimiento” referent a la reunió de 21/04/2016, si bé és cert que la font de la informació podria haver estat la mateixa persona denunciant, opció apuntada per VALORIZA però negada per la persona denunciant. En aquest sentit cal posar en relleu que els protocols d'actuació adoptats per VALORIZA pel que fa al SAD –que l'empresa ha aportat junt amb el seu escrit d'al·legacions- no preveuen que el personal de VALORIZA hagi de requerir als familiars de la persona usuària del servei informació relativa a la seva salut. La qüestió és que, inclús en el cas hipotètic que la persona denunciant hagués revelat voluntàriament aquesta informació –extrem negat per l'aquí denunciant-, no es podria apreciar l'existència del seu consentiment exprés per tal que la dada de salut controvertida fos recollida en l'“infome de seguimiento” de la reunió esmentada, i per tant tractada per VALORIZA. Aquesta Autoritat no comparteix la tesi de VALORIZA que defensaria l'existència d'un consentiment exprés simplement pel fet que la persona afectada, hipotèticament, hagués revelat voluntàriament dades relatives a la seva salut.

Com s'ha avançat, l'article 7.3 de la LOPD estipula que, per al tractament de les dades de salut, és exigible el consentiment exprés de la persona afectada, però no que aquest consti per escrit. És possible, per tant, admetre la possibilitat que la manifestació del consentiment exprés no consti per escrit. Ara bé, aquesta possibilitat ha de posar-se en relació amb els elements que integren la definició de consentiment recollida a l'article 3.h) de la LOPD, que defineix el consentiment de la persona interessada 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”*. D'aquesta definició resulta especialment rellevant l'extrem que la manifestació de voluntat hagi de ser *“inequívoca”, “específica” i “informada”*.

Carrer Rosselló, 214, Esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

La jurisprudència ha definit clarament el que ha de considerar-se un consentiment inequívoc, i en aquest sentit la recent sentència de l'Audiència Nacional de 12/05/2017 es pronuncia en els següents termes:

“El principio del consentimiento expresado conllevará, por tanto, la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, permitiéndose así a aquel ejercer efectivo control sobre dichos datos y garantizando su poder de disposición sobre los mismos. Dicho consentimiento podrá prestarse de forma expresa, oral o escrita, o de manera tácita, mediante actos reiterados y concluyentes que revelen su existencia.

Ahora bien, tal y como ha expresado esta Sala reiteradamente, entre otras, en Sentencia de 28 febrero 2007 (RJCA 2007, 267) -recurso nº.236/2005 -, el consentimiento ha de ser necesariamente "inequívoco". De modo que ha de aparecer como evidente, o, lo que es lo mismo, que no admite duda o equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar el consentimiento.

Por otro lado, la carga de acreditar la existencia del "consentimiento inequívoco", a que hace referencia el art. 6.1 de la LOPD , recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos (Sentencia de esta Sección de 8 noviembre 2012 -recurso nº. 789/2010). éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar el consentimiento”.

D'altra banda, el consentiment ha de ser específic, és a dir, referit a una determinada operació de tractament i per a una finalitat determinada, explícita i legítima. I per a que el consentiment s'hagi prestat de forma inequívoca i específica és necessari que la persona afectada hagi estat degudament informada del tractament de dades que es preveia realitzar, en altres paraules, el consentiment ha de ser "informat". En aquest sentit la lletra a) de l'article 5.1 de la LOPD menciona específicament que s'ha d'informar a les persones de qui es recullen les dades, de les finalitats de la seva recollida.

En conseqüència, la possibilitat d'admetre un consentiment exprés que no consti per escrit per al tractament de dades de salut, està condicionada a que pugui acreditar-se que concorre una manifestació de voluntat lliure, inequívoca i específica, que es presta un cop s'ha tingut coneixement d'una concreta informació entre la que necessàriament ha de constar la finalitat determinada, explícita i legítima del tractament que es pretén realitzar sobre les dades personals de la persona afectada. Doncs bé, en el cas que ens ocupa VALORIZA no ha acreditat la concurrència d'aquests elements. En aquest sentit cal ressaltar que segons la sentència a dalt transcrita, és al responsable del fitxer o encarregat del tractament a qui incumbeix acreditar el consentiment si aquest és negat per la persona afectada, com succeeix en el cas present.

2.2.2.- Sobre l'existència d'habilitació legal per al tractament.

En el seu escrit d'al·legacions a l'acord d'iniciació VALORIZA sostenia que el tractament de les dades relatives a la salut de la persona aquí denunciant estaria habilitada per diverses normes amb rang formal de llei.

Carrer Rosselló, 214, Esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

L'article 7 de la LOPD determina que *"les dades de caràcter personal que facin referència a l'origen racial, a la salut i a la vida sexual només poden ser recollides, tractades i cedides quan, per raons d'interès general, així ho disposi una llei o l'afectat hi consenti expressament"*. Així doncs, de conformitat amb aquest precepte, la regla del consentiment exprés per a la recollida i tractament de dades relatives a la salut, estaria exceptuada per al cas que existeixi una habilitació legal específica per realitzar aquesta recollida i tractament per raons d'interès general.

El principi del consentiment es configura com un principi bàsic en matèria de protecció de dades. I és per això que el tractament de les dades personals sense comptar amb el consentiment de la persona afectada suposa un límit al citat dret. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional ha concretat en diverses sentències, entre les quals cal destacar la STC 70/2009, els requisits que ha de complir la norma amb rang formal de llei per tal que aquesta pugui establir una restricció a un dret fonamental. L'esmentada sentència és especialment rellevant en el cas que ens ocupa, ja que es refereix al tractament de dades relatives a la salut.

"Para observar la exigencia de previsión legal que requiere su constitucionalidad, el acceso por las Administraciones públicas a datos relativos a la salud de una persona y la evaluación y toma en consideración de los mismos precisan no sólo de una mera habilitación legislativa. Según jurisprudencia constitucional consolidada, la ley deberá concretar las restricciones, alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal el establecimiento de límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11). Como señalábamos en la STC 49/1999, en relación justamente con la protección del derecho fundamental a la intimidad, la injerencia en la misma exige de un modo «inexcusable» una previsión legal que «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (FJ 4); ha de poseer lo que en otras ocasiones hemos denominado cierta «calidad de ley» (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2).

Ahora bien, nuestro enjuiciamiento acerca de la concurrencia de una norma precisa con rango de ley que autorice la intromisión en la intimidad sólo puede partir de la aplicada por las resoluciones de los órganos administrativos y judiciales para proceder a la concreta intromisión practicada. Pues bien, no hay alusión alguna al respecto en las resoluciones administrativas impugnadas, si bien la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia invoca el art. 19.4 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, del Parlamento de Galicia, del consentimiento informado.

En relación con el acceso por parte de la Administración a los datos de la historia clínica de los ciudadanos, la mencionada Ley de Galicia disponía, en la versión entonces vigente (anterior a la reforma introducida por la Ley 3/2005, de 7 de marzo), que dicho acceso sólo está permitido a los «órganos competentes para tramitar y resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración sanitaria, así como la inspección sanitaria en el ejercicio de sus funciones» (art. 19.2), y «para la obtención de información estadística sanitaria, para las actividades relacionadas con el control y evaluación de la calidad de la asistencia prestada, las encuestas oficiales, los programas oficiales de docencia e investigación» (art. 19.4). Añade la Ley 3/2001 que el «acceso por otras personas

distintas al paciente a la información contenida en la historia clínica habrá de estar justificado por la atención sanitaria de éste», de modo que «cualesquiera otras razones de carácter excepcional [de acceso a la historia] deberán responder a un interés legítimo susceptible de protección y estar convenientemente motivadas» (art. 19.4).

La regulación legal reproducida no resulta suficiente para afirmar la constitucionalidad de la medida restrictiva de la intimidad porque falta en sus preceptos una determinación suficiente de los supuestos y los requisitos de la restricción. Ciertamente los preceptos citados se refieren al acceso posible a datos médicos de los administrados por parte de «la inspección sanitaria en el ejercicio de sus funciones» y, en el apartado invocado por la Sentencia, excepcionalmente, en otros supuestos en atención a «intereses legítimos». Sin embargo, es patente que estas previsiones normativas no alcanzan a constituir una regulación legal suficiente de la restricción discutida de la intimidad, en la medida en que no precisan mínimamente qué funciones son las referidas, cuáles son esos supuestos excepcionales que permiten la intervención, qué intereses legítimos son los que la justifican ni, más allá de la motivación, de qué otros requisitos ha de rodearse la actuación administrativa.

De l'article 7.3 de la LOPD, juntament amb la jurisprudència citada, es desprèn que per tal de tractar les dades de salut de les persones afectades sense el seu consentiment exprés, es requerirà no una mera habilitació legislativa, sinó que la llei haurà de concretar les restriccions, no sent vàlids criteris de delimitació imprecisos o extensius.

A la vista de l'anterior, cal analitzar seguidament la normativa que VALORIZA invocava com a habilitació legal substitutiva del consentiment exprés:

- a. Article 27.5 de la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència, en la mesura que *“la valoración de la situación de dependencia debe realizarse también a partir del “entorno” del usuario del Servicio”*; i Disposició Addicional Novena de la mateixa norma que *“realiza un reenvío a la normativa sobre discapacidad de reconocimiento de situación de dependencia”*.
- b. Annex 1B del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, atès que *“habilita el tratamiento de datos asociado a la valoración de las circunstancias sociales vinculadas a situación de discapacidad, lo que faculta al tratamiento de datos de enfermedad grave de familiares que padecen situaciones de discapacidad (y por ende, de dependencia, dado el reenvío de la DA 9ª de la Ley 39/2006)”*.
- c. Article 3.1.d) del Reial decret 1051/2013, en la mesura que *“permite el tratamiento de datos de salud si el solicitante así los facilita voluntariamente”*; i article 12.4.d) de la mateixa norma, que facultaria el tractament de dades que permetin avaluar la capacitat física, mental i intel·lectual suficient dels cuidadors no professionals, com és el cas de l'aquí denunciant.
- d. Article 17 lletres a), c) i g), de la Llei 12/2007, d'11 d'octubre de serveis socials, que *“facultan de forma expresa el tratamiento de datos del entorno familiar de las personas con dependencia”*.

En relació amb totes aquestes normes, procedeix efectuar les consideracions següents:

Carrer Rosselló, 214, Esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

a) L'article 27.5 de la Llei 39/2006, relatiu a la *"valoració de la situació de dependència"* preveu que aquesta valoració s'ha de fer, entre d'altres, *"tenint en compte els corresponents informes sobre la salut de la persona i sobre l'entorn en què visqui, i considerant, si s'escau, les ajudes tècniques, ortesis i pròtesis que li hagin estat prescrites"*.

Per la seva banda, la DA novena, relativa a l'*"Efectivitat del reconeixement de les situacions vigents de gran invalidesa i de necessitat d'ajuda de tercera persona"* preveu que:

"Els qui tinguin reconeguda la pensió de gran invalidesa o la necessitat d'assistència de tercera persona segons el Reial decret 1971/1999, de 23 de desembre, de procediment per al reconeixement, declaració i qualificació del grau de discapacitat, tenen reconegut el requisit de trobar-se en situació de dependència en el grau que es disposi en el desplegament reglamentari d'aquesta Llei".

Deixant de banda que els preceptes invocats no preveuen el tractament de les dades de salut de cap persona que no sigui els de la persona sobre qui es realitza la valoració de la situació de dependència, el fet és que VALORIZA no té entre les seves atribucions o funcions valorar les dites situacions, per la qual cosa no podria tractar dades personals –ni de salut ni de cap altra naturalesa- en base a aquesta norma.

b) El Reial decret 1971/1999, de 23 de desembre, de procediment per al reconeixement, declaració i qualificació del grau de minusvàlua, té per objecte, segons determina el seu article 1, *"la regulació del reconeixement de grau de minusvàlua, l'establiment de nous barems aplicables, la determinació dels òrgans competents per efectuar el dit reconeixement i el procediment a seguir (...)"*, barems previstos al annexes I, II, i III del citat Reial decret.

Al respecte cal assenyalar, com s'ha fet a l'apartat anterior, que VALORIZA no és l'entitat encarregada ni de reconèixer ni de qualificar el grau de dependència, per tant, aquesta norma no habilitaria a VALORIZA per tractar la informació que allà es detalla, sigui la relativa a la persona de qui es qualifica la dependència, sigui del seu entorn familiar. Això, a banda de fer notar que no es tracta amb una norma amb rang de Llei, sinó reglamentari.

c) Reial decret 1051/2013, de 27 de desembre, pel qual es regulen les prestacions del Sistema per a l'Autonomia i Atenció a la Dependència, establertes a la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència.

VALORIZA al·ludia a l'article 3.1.d) que preveu:

"1. El model de sol·licitud d'inici del procediment per al reconeixement de la situació de dependència que estableixi l'Administració competent ha d'incloure informació sobre les dades següents: (...)

d) Si la persona sol·licitant té alguna discapacitat. Tipus de discapacitat si voluntàriament ho vol manifestar".

L'article 12 d'aquest Reial decret, relatiu als *"Requisits i condicions d'accés a la prestació econòmica per a cures en l'entorn familiar i suport a cuidadors no professionals"*, invocat per VALORIZA, recull al seu apartat 4 *"els requisits dels cuidadors no professionals de les*

Carrer Rosselló, 214, Esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

persones en situació de dependència”, entre d’altres, que “la persona cuidadora tingui la capacitat física, mental i intel·lectual suficient per desenvolupar adequadament per si mateixa les funcions d’atenció i cura, així com que no tingui reconeguda la situació de dependència”.

A banda de fer notar també aquí el caràcter reglamentari –i no legal- del RD invocat, es reitera també el que s’ha indicat anteriorment sobre el fet que no correspon a VALORIZA analitzar les situacions de dependència, ni reconèixer-les, ni valorar l’entorn familiar en relació amb les prestacions econòmiques a que es tinguin dret, tant la persona usuària, com el cuidador no professional. Per tant, inclús per al supòsit que aquesta normativa –prescindint del seu rang reglamentari- habilités el tractament de dades de salut de les persones a qui es refereix, aquest habilitació només entraria en joc en relació amb els òrgans o entitats a qui correspongui la valoració d’aquestes circumstàncies, entre les quals no es troba VALORIZA.

d) L’article 17 de la Llei 12/2007, d’11 d’octubre que estableix les “*Funcions dels serveis socials bàsics*”, preveu que correspon als dits serveis socials, entre d’altres:

a) *Detectar les situacions de necessitat personal, familiar i comunitària en llur àmbit territorial.*

(...)

c) *Valorar i fer els diagnòstics social, socioeducatiu i sociolaboral de les situacions de necessitat social a petició de l’usuari o usuària, del seu entorn familiar, convivencial o social o d’altres serveis de la Xarxa de Serveis Socials d’Atenció Pública, d’acord amb la legislació de protecció de dades.*

(...)

g) *Intervenir en els nuclis familiars o convivencials en situació de risc social, especialment si hi ha menors.(...)”.*

VALORIZA no ostenta la condició de servei social bàsic, ni tampoc les funcions que té com a prestadora del servei SAD, per encàrrec del IMSS, no l’habiliten per a la recollida o tractament d’aquesta informació. De fet, cal posar en relleu que l’IMSS, pel que fa a la concreta prestació del servei SAD, no va recollir als seus fitxers cap dada de salut de l’entorn de la persona usuària del servei, el que palesa la irrellevància d’aquesta informació en relació amb la prestació del dit servei.

Pel que fa a la resolució d’arxiu de la informació prèvia a la qual feia referència VALORIZA al seu escrit d’al·legacions, en la dita resolució no s’avalua el tractament de les dades de salut de l’entorn familiar de les persones amb dependència en base al precepte de la Llei 12/2007 transcrit, en contra del que afirmava VALORIZA. El supòsit de fet que es dirimia en aquell cas era la recollida d’informació relativa a una usuària d’una prestació social (que en aquell cas era la prestació del servei d’ajuda domiciliària) per part dels serveis socials. Per tant, en cap cas en aquella resolució es va avalar la recollida de dades de salut d’altres persones de l’entorn de la usuària del servei en base a l’article esmentat.

En definitiva, per les raons indicades en cada cas, cap de les normes invocades per VALORIZA no habilitava la recollida i tractament de les dades de salut de la persona denunciant.

2.3.- Sobre l'aplicació de determinades circumstàncies atenuants.

Finalment, en el seu escrit d'al·legacions a l'acord d'iniciació, l'entitat imputada exposava que haurien de tenir-se en consideració determinades circumstàncies atenuants que detallava al seu escrit, per aplicar la sanció prevista per a les infraccions greus en la seva quantia mínima, al entendre que concorrien els requisits previstos a l'article 45.5 de la LOPD. Al respecte cal dir que l'anàlisi dels pressupòsits que han incidit en la fixació de l'import de la sanció imposada es recull al fonament jurídic 4t.

2.4.- Sobre les proves proposades per VALORIZA, pràctica de la prova testifical i valoració de la prova.

2.4.1.- Proves proposades per VALORIZA.

Tal com s'ha avançat, juntament amb el seu escrit d'al·legacions a l'acord d'iniciació VALORIZA proposava la practica de les següents proves:

“Se tengan por aportados los documentos adjuntos al presente escrito, así como los demás documentos aportados ya por nuestra entidad en los anteriores escritos con motivo de Información Previa IP 209/2016 (...)

Testifical de Dña. (...) (...), (...) antigua empleada de nuestra entidad y a quien el denunciante comunicó de forma voluntaria sus datos de salud, con el fin de que ratifique la veracidad de esta comunicación voluntaria de datos (...).

Testifical de Dña. (...) (...) trabajadora familiar de VALORIZA, (...) y que estaba presente en la reunión del mes de abril de 2016 en la que el denunciante comunicó voluntariamente sus datos de salud, con el fin de que corrobore la veracidad de dicha comunicación de datos voluntaria (...).”

Respecte les proves proposades, és oportú remetre's a l'Acord que adoptà la instructora del procediment en data 21/09/2017, i del qual es transcriu a continuació la part del fonament de dret 2n:

“D'acord amb el marc normatiu esmentat i en vistes de les al·legacions formulades per l'entitat imputada, es considera necessari disposar l'obertura d'un període probatori, a fi de practicar les següents proves:

2.1.- Prova documental proposada per VALORIZA.

Sobre la prova documental sol·licitada, consistent en què s'incorporin a l'expedient els informes i annexos aportats per VALORIZA a l'Autoritat durant la fase d'informació prèvia que precedí al present procediment sancionador, val a dir que aquesta documentació ja s'havia incorporat al procediment sancionador, tal com s'indicava a punt primer de la part dispositiva de l'acord d'iniciació.

D'altra banda, s'admet com a prova documental la documentació aportada per VALORIZA junt amb el seu escrit d'al·legacions, d'acord amb el que preveuen els articles 10.3 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits

competència de la Generalitat; i els articles 64.2.f) i 82.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

2.2.- Prova testifical proposada per VALORIZA.

S'admet la prova testifical proposada per l'entitat imputada, consistent en prendre declaració a la Sra. (...)i la Sra. (...) (...).

A tal efecte, l'Autoritat citarà a aquestes persones a les adreces facilitades per VALORIZA, per tal que es posin en contacte amb aquesta Autoritat amb la finalitat de fixar dia i hora per tal que acudeixin a la seu d'aquesta Autoritat (c. Rosselló, 214, 1r 1a Esc.A de Barcelona) a prestar declaració, preferiblement entre els dies 2 i 6 d'octubre. Tan aviat com s'especifiqui la data i hora de les testificals, es notificarà a VALORIZA, per tal que pugui personar-se a la pràctica d'aquesta prova”.

2.4.2.- Prova testifical proposada per VALORIZA

Com s'ha avançat, la instructora del procediment va admetre la pràctica de les testificals proposades per VALORIZA, relatives a la Sra. (...) i la Sra. (...)(...), les quals s'aborden a continuació separadament.

2.4.2.1.- Respecte la Sra. (...), VALORIZA es va personar a la pràctica d'aquesta prova testifical i va poder formular totes aquelles preguntes que considerà oportunes, prèvia declaració de pertinència per part de la instructora. Seguidament es recull de forma resumida el testimoni prestat per la Sra. (...):

- Que en la data en què es produeix aquesta declaració la declarant té vinculació laboral amb VALORIZA, vinculació que ja tenia el dia 21/04/2016, quan prestava serveis com a treballadora familiar al domicili de la mare de l'aquí denunciant, on va treballar fins el novembre de 2016.
- Que, en relació amb la reunió que es va celebrar el dia 21/04/2016 en el domicili indicat, en la que també hauria estat present la Sra. (...)i l'aquí denunciant, manifesta que quan la coordinadora del servei SAD assisteix al domicili d'una persona usuària del servei per tal de mantenir una reunió, ella, com a treballadora familiar, mai participa en aquestes reunions, sinó que simplement acudeix puntualment quan se li demana per aclarir alguna qüestió.
- Que no coneix les malalties concretes –entre elles SIDA- de la persona aquí denunciant.
- Que no recorda a la coordinadora (...)(...).
- Que té l'obligació de confidencialitat en relació amb les dades que coneix per raó de la seva feina i que només reporta incidències professionals a la coordinadora del servei.
- Que no recorda que cap persona de VALORIZA preguntés a l'aquí denunciant o a qualsevol altra persona dades relacionades amb la salut d'aquell.

2.4.2.2.- Pel que fa a la Sra. (...)–l'altre testimoni proposat per VALORIZA per ser la persona que hauria acudit a la reunió celebrada el 21/04/2016 en el domicili de la Sra. (...)-, en ser requerida per a la testifical va manifestar a la instructora del procediment que el seu testimoni no podria ser d'utilitat en el procediment, atès que no recordava cap reunió concreta en

relació amb el cas, atesa la quantitat de casos que portava quan treballava a VALORIZA i el temps transcorregut.

2.4.3. Valoració de la prova.

Tal com es va recollir a la proposta de resolució, la prova testifical practicada no va desvirtuar els fets declarats provats en aquest procediment, ni tampoc la seva qualificació jurídica. Com s'ha vist, la Sra. (...) va manifestar que no va estar present a la reunió que es va celebrar el 21/04/2016 en el domicili de la usuària del servei SAD (i mare de la persona denunciada), de manera que el seu testimoni no va servir per corroborar la versió de VALORIZA, consistent en què la persona denunciada havia prestat expressament el seu consentiment per a la recollida de les seves dades de salut en l'acta de la reunió.

En conseqüència, en base a tot el que s'ha exposat en aquest fonament de dret, les al·legacions formulades per VALORIZA en el si d'aquest procediment sancionador no poden reeixir.

3.- En relació amb els fets descrits a l'apartat de fets provats, cal acudir a l'article 7.3 de la LOPD, el qual preveu el següent:

"Les dades de caràcter personal que facin referència a l'origen racial, a la salut i a la vida sexual només poden ser recollides, tractades i cedides quan, per raons d'interès general, així ho disposi una llei o l'afectat hi consenti expressament".

Doncs bé, tal com indicava la persona instructora, durant la tramitació d'aquest procediment s'ha acreditat degudament el fet descrit a l'apartat de fets provats, el qual es considera constitutiu de la infracció molt greu prevista a l'article 44.4.b) de la LOPD, que tipifica com a tal:

"Tractar o cedir les dades de caràcter personal a què es refereixen els apartats 2, 3 i 5 de l'article 7 d'aquesta Llei excepte en els supòsits en què ho autoritza la mateixa Llei o violentar la prohibició que conté l'apartat 4 de l'article 7."

4.- L'article 45.3 de la LOPD preveu per a les infraccions de caràcter molt greu, una sanció de multa de 300.001 fins a 600.000 euros

En el present procediment correspon determinar la sanció de multa corresponent a la infracció de caràcter molt greu que se sanciona. A aquest respecte, es considera oportú reproduir a continuació aquells elements analitzats per la instructora a la proposta de resolució i que es van tenir en compte a fi i efecte de fixar la quantia de la sanció.

L'apartat 5 de l'article 45 -esgrimit amb caràcter subsidiari per VALORIZA, en cas de desestimar-se l'arxiu del procediment sancionador- determina el següent:

"5. L'òrgan sancionador ha d'establir la quantia de la sanció i aplicar l'escala relativa a la classe d'infraccions que precedeixi immediatament en gravetat aquella en què s'integra la considerada en el cas de què es tracti, en els supòsits següents:

- a) *Quan s'aprecii una qualificada disminució de la culpabilitat de l'imputat o de l'antijuridicitat del fet com a conseqüència de la concurrència significativa de diversos dels criteris enunciats a l'apartat 4 d'aquest article.*
- b) *Quan l'entitat infractora hagi regularitzat la situació irregular de manera diligent.*
- c) *Quan es pugui apreciar que la conducta de l'afectat ha pogut induir a cometre la infracció.*
- d) *Quan l'infractor hagi reconegut espontàniament la seva culpabilitat.*
- e) *Quan s'hagi produït un procés de fusió per absorció i la infracció sigui anterior a aquest procés, de manera que no és imputable a l'entitat absorbent."*

Aquest precepte permet, doncs, la possibilitat d'aplicar l'escala de sancions prevista per a les infraccions de grau inferior a la imputada; és a dir, que permet imposar una sanció greu per la comissió d'una infracció molt greu. Ara bé, aquesta especial atenuació de la multa només procedeix quan, entre d'altres, hagi resultat acreditada la concurrència de diversos dels criteris enumerats en l'article 45.4 de la LOPD, la qual cosa permeti apreciar una qualificada disminució de la culpabilitat de la imputada o de l'antijuridicitat del fet.

En el present supòsit, tal com exposava la instructora, s'aprecia una disminució qualificada de la culpabilitat de l'entitat imputada (45.5.a LOPD), i això en base a la concurrència significativa de diversos criteris dels previstos a l'article 45.4 de la LOPD, com ara que la infracció no té un caràcter continuat (art. 45.4.a) i el baix volum de tractaments efectuats (art. 44.4.b).

Un cop aplicada l'opció prevista a l'article 45.5 LOPD, cal determinar la quantia de la sanció a proposar, dins dels límits previstos per a les sancions greus (40.001 a 300.000 euros).

El primer que cal dir al respecte és que, com és lògic, els criteris relacionats a l'art. 45.4 LOPD que s'han tingut en compte per aplicar la rebaixa d'un grau conforme a l'art. 45.5.a), no es poden tenir en compte novament com a criteris d'atenuació en la graduació de la quantia a imposar, ja dins l'escala de les greus. Dit això, segons el que estableix l'article 45.4 de la LOPD i també de conformitat amb el principi de proporcionalitat consagrat a l'article 29 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, s'imposa la sanció ja indicada a la proposta de resolució consistent en una multa de 60.000 euros (sens perjudici de la reducció de l'import de la multa que pugui ser aplicable d'acord amb l'article 85 de la LPAC); i això en base al següent:

Per una banda, s'aprecien les circumstàncies següents que operen com a criteris atenuants, totes elles invocades per VALORIZA en el seu escrit d'al·legacions a l'acord d'iniciació:

- La manca de beneficis obtinguts com a conseqüència de la comissió de la infracció (art. 45.4.e).
- La manca d'intencionalitat en la comissió de la infracció (art. 45.4.f).
- Que VALORIZA tindria implementats, amb anterioritat a la comissió dels fets aquí sancionats, els procediments adequats d'actuació en el tractament de les dades personals (45.4.i).

Per contra, es considera que no procedeix l'aplicació d'algunes de les circumstàncies atenuants que també havien estat esgrimides per l'entitat imputada, en concret:

Carrer Rosselló, 214, Esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

- La no existència de reincidència. Aquesta Autoritat considera que aquesta circumstància està prevista a la norma només com a element agreujant, i no podria aplicar-se com element atenuant, atesa la seva pròpia naturalesa; interpretació que també es desprèn de la redacció de l'article 29 de la Llei 40/2015. Així, el compliment ordinari de la llei no pot constituir un element d'atenuació de la culpabilitat. La SAN de 26/09/2014 avalaria aquesta interpretació, al no qüestionar el criteri de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades de no considerar la reincidència com a element atenuant: *"En cuanto a la reincidencia, por su propia naturaleza no puede operar como atenuante, premiando la no infracción de la normativa sobre protección de datos y el cumplimiento de deberes que la ley impone, aunque sí podría ser utilizada la citada circunstancia como agravante de la conducta a enjuiciar e incrementando la sanción a imponer"*.

- La no acreditació dels perjudicis causats. Es considera que tal element no pot apreciar-se com atenuant, tal com pretenia l'entitat imputada, per les raons que s'exposaran més endavant, a l'apartat de causes agreujants.

- Que *"los datos no han salido nunca del entorno de las personas de VALORIZA"*. Es considera que tal circumstància no pot apreciar-se com a atenuant, atès que si la informació hagués sortit de l'àmbit de VALORIZA sense consentiment o habilitació legal, tal actuació hauria constituït una altra infracció de la normativa de protecció de dades, distinta a la que és objecte d'aquest procediment. Per tant, la no-comissió d'altres infraccions no pot apreciar-se com element atenuant.

En contraposició al conjunt de causes atenuants exposades, concorren però també un seguit de criteris que operen en sentit agreujant:

- La vinculació de l'activitat de VALORIZA amb la realització de tractaments de dades personals (art. 45.4.c).

- El volum de negoci o activitat de VALORIZA (art. 45.4.d). En aquest sentit, segons consta al propi web de l'empresa, els ingressos l'any 2016 van superar els 91 milions d'euros.

- La naturalesa dels perjudicis causats a les persones interessades (art. 45.4.h). VALORIZA, en el seu escrit d'al·legacions a l'acord d'iniciació esgrimia que aquest criteri hauria d'aplicar-se com atenuant ja que *"no se ha acreditado perjuicio causado a persona alguna, ni se causan perjuicios que puedan considerarse relevantes"*. Aquesta Autoritat no comparteix el criteri de l'entitat imputada i considera que, si bé és cert que els perjudicis causats a la persona afectada són difícils d'avaluar econòmicament –quantificació que, cal dir, no exigeix la norma per tal de considerar aplicable aquest agreujant- el tractament il·lícit de les dades de salut d'una persona (sense el seu consentiment i sense habilitació legal) suposa *per se* un perjudici a la persona afectada, ja que es tracten de dades que afecten a l'esfera més íntima i privada de les persones.

5.- Tal com s'avançava en l'acord d'iniciació i en la proposta de resolució, de conformitat amb l'art. 85.3 de la LPAC, en el supòsit que amb anterioritat a la resolució del procediment sancionador l'entitat imputada reconegui la seva responsabilitat, o per al cas que procedeixi al pagament voluntari de la sanció pecuniària, en cadascun d'ambdós casos procediria aplicar una reducció del 20% sobre l'import de la sanció proposada, sense perjudici que es pogués modificar en la resolució del procediment. La reducció esmentada corresponia aplicar-la de forma acumulada (40%) en cas de concurrència dels dos casos esmentats.

Com s'ha avançat, l'efectivitat de les reduccions esmentades està condicionada al desistiment o la renúncia de qualsevol acció o recurs en via administrativa contra la sanció (art. 85.3 de la LPAC, *in fine*).

Doncs bé, tal com s'ha indicat als antecedents, per mitjà d'escrit de 03/01/2018 VALORIZA ha reconegut la seva responsabilitat i en data 28/12/2017 ha abonat de manera avançada 36.000 (trenta-sis mil) euros, corresponents a la quantia de la sanció resultant un cop aplicada la reducció acumulada del 40%.

6.- Davant la constatació de les infraccions previstes a l'article 44 de la LOPD, per al cas de fitxers o tractaments de titularitat privada, l'article 21.3 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, faculta a la directora de l'Autoritat per tal que en la resolució per la qual es declari la infracció, a més d'imposar les sancions que corresponguin -segons el que s'ha exposat en el fonament de dret anterior- pugui establir les mesures que escau adoptar perquè cessin o es corregeixin els efectes de la infracció. Al respecte cal assenyalar que es considera que no procedeix requerir cap mesura a VALORIZA, atès que en el si d'aquest procediment sancionador l'empresa ha acreditat haver adoptat les mesures correctores escaients, en concret, suprimir de la seva aplicació informàtica JANO qualsevol referència a la salut de la persona aquí denunciada.

En definitiva, que amb aquesta actuació acreditada per VALORIZA s'hauria assolit la finalitat principal perseguida amb l'exercici de les potestats d'inspecció i sancionadora que té encomanada aquesta Autoritat, que no és altra que la d'assegurar el compliment de la normativa de protecció de dades de caràcter personal, i evitar així que es pugui tornar a vulnerar aquest dret fonamental.

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.- Imposar a Valoriza Servicios a la Dependencia, SL la sanció consistent en una multa de 60.000 (seixanta mil) euros –sens perjudici de les reduccions indicades al fonament de dret 5è- com a responsable d'una infracció molt greu prevista a l'article 44.4.b) en relació amb l'article 7.3, ambdós de la LOPD. Tot l'anterior, sense que resulti necessari requerir mesures correctores per corregir els efectes de la infracció, de conformitat amb el que s'ha exposat al fonament de dret 6è.

A la sanció esmentada s'han aplicat les reduccions previstes a l'article 85 de la Llei 39/2015 per donar-se els requisits allà previstos, tal com s'ha exposat en el fonament de dret 5è, motiu pel qual la quantia de la sanció resultant i ja abonada ha estat de 36.000 (trenta sis mil) euros.

Segon.- Notificar aquesta resolució a Valoriza Servicios a la Dependencia, SL.

Carrer Rosselló, 214, Esc. A, 1r 1a
08008 Barcelona

Tercer.- Ordenar la publicació de la Resolució al web de l'Autoritat (www.apd.cat), de conformitat amb l'article 17 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 123 i següents de la LPAC o bé podeu 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. Si l'entitat imputada manifesta a l'Autoritat la seva intenció d'interposar un recurs contenciós administratiu contra la resolució ferma en via administrativa, la resolució se suspendrà cautelarment en els termes previstos a l'article 90.3 de la LPAC.

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

La directora

M. Àngels Barbarà i Fondevila

Barcelona, (a la data de la signatura electrònica)