

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. PS 58/2010, referent a l'Ajuntament de Barcelona.

Antecedents

Primer.- Els dies 07/02/2008, 27/01/2009 i 19/05/2010 van tenir entrada a l'Agència Catalana de Protecció de Dades (actualment Autoritat Catalana de Protecció de Dades, de conformitat amb la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en virtut de la qual se subroga en la posició de l'Agència –DT 1^a-), tres denúncies formulades per dues associacions contra l'Ajuntament de Barcelona per un presumpte incompliment de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD).

Totes tres denúncies posaven de manifest presumptes tractaments il·lícits de dades personals relatives a la vida sexual, efectuats per part de la Guàrdia Urbana de l'Ajuntament de Barcelona (en endavant, GUB), en el marc de l'aplicació de l'Ordenança de mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l'espai públic de Barcelona (en endavant, Ordenança de Convivència), que en el seu article 39.2 prohibeix *"l'ofertament, la sol·licitud, la negociació o l'acceptació de serveis sexuals retribuïts a l'espai públic, quan aquestes conductes es duguin a terme en espais situats a menys de dos-cents metres de distància de centres docents o educatius en els que s'imparteixen ensenyaments del règim general del sistema educatiu"* i que la mateixa ordenança tipifica com una infracció de caràcter lleu al seu article 40.2.

Per tal d'acreditar els fets denunciats, les associacions denunciants aportaren diversa documentació, entre la qual cal destacar la següent:

- Tres butlletes de denúncia, de dates 27/03/2010, 16/05/2010 i 07/06/2010, emeses per la GUB. En totes elles figura el nom, cognoms, adreça i núm. de document, així com la normativa presumptament infringida –*"40.2 - CONV. Persistir en l'ofertament, la sol·licitud la negociació o l'acceptació de serveis sexuals retribuïts a l'espai públic"*.

- Tres notificacions de sanció i una notificació d'inici d'expedient sancionador i de proposta de resolució per infracció de l'Ordenança de Convivència. A les quatre notificacions figura el nom, cognoms, adreça i núm. de document, així com la normativa presumptament infringida –*"40.2 – CONV O.M. PER FOMENTAR I LA CONVIVÈNCIA. Persistir a oferir serveis sexuals a 200 m escola"*.

Segon.- En relació a les denúncies formulades, l'Agència va iniciar actuacions d'informació prèvia 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 l'article 17 de la Llei 5/2002, de 19 d'abril, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, per tal de comprovar la realitat dels fets denunciats i a fi d'obtenir més informació sobre les

circumstàncies dels fets i els subjectes responsables. En el si d'aquesta fase d'investigació, l'Agència va dur a terme diferents actuacions d'inspecció.

Tercer.- En data 21/12/2010, la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra l'Ajuntament de Barcelona per una presumpta infracció molt greu prevista a l'article 44.4 c) en relació amb l'article 7.3 de la LOPD.

En el plec de càrrecs es concedia a les parts interessades 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 consideressin convenients per a la defensa dels seus interessos.

Quart.- Dins del termini concedit a l'efecte, l'Ajuntament de Barcelona va formular al·legacions al plec de càrrecs, les quals foren analitzades a l'apartat segon dels fonaments de dret de la proposta de resolució.

Les associacions denunciants no van formular al·legacions ni van proposar proves dins del termini concedit a l'efecte.

Cinquè.- En data 25/03/2011 es va dictar proposta de resolució per part de la instructora d'aquest procediment. Aquesta proposta va ser notificada a les associacions denunciants el dia 04/04/2011 i a l'Ajuntament de Barcelona en data 06/04/2011. En aquesta proposta de resolució es concedia un termini de deu dies, comptadors a partir de l'endemà de la data de notificació, per tal que les persones interessades formulessin les al·legacions que estimessin convenients.

Sisè.- Durant el tràmit d'audiència, tant l'Ajuntament de Barcelona, com una de les associacions denunciants han formulat al·legacions, les quals seran analitzades en els apartats segon i tercer, respectivament, dels fonaments de dret 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

Primer.- Els dies 27/03/2010, 16/05/2010 i 07/06/2010, la Guàrdia Urbana de Barcelona va recollir en diverses butlletes de denúncia dades de caràcter personal relatives a diferents persones (nom, cognoms, núm. de document i adreça, així com el fet d'haver incorregut en una infracció tipificada a l'article 40.2 de l'Ordenança de Convivència).

Segon.- En les butlletes de denúncia referenciades es fa constar el següent:

- A l'apartat "*Art. Infringit*" figura el literal "*40.2 - CONV*".

- A l'apartat "*Fet denunciat*" consta el següent text: "*Persistir en l'oferiment, la sol·licitud, la negociació o l'acceptació de serveis sexuals retribuïts a l'espai públic*".

Així, l'Ajuntament de Barcelona va recollir i tractar dades relatives a la vida sexual de les persones denunciades, amb motiu d'una presumpta infracció tipificada a l'ordenança abans esmentada, sense haver recavat prèviament el seu consentiment exprés.

Tercer.- L'article 40.2 de l'Ordenança de mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l'espai públic de Barcelona, disposa el següent:

“Els agents de l'autoritat o els serveis municipals, en els casos previstos a l'article 39.2 es limitaran, en primer lloc, a recordar a aquestes persones que les esmentades pràctiques estan prohibides per la present Ordenança.

Si la persona persistís en la seva actitud i no abandonés el lloc es procedirà a l'inici del corresponent procediment administratiu sancionador.

En tot cas, en els supòsits previstos en l'esmentat apartat 2 de l'article anterior, s'informarà a aquestes persones que les esmentades conductes estan prohibides, així com de les possibilitats que les institucions públiques i privades els ofereixen d'assistència social, prestant-los, a més, l'ajut que sigui necessari.

Les conductes recollides a l'apartat 2 de l'article anterior tindran la consideració de lleus, seran sancionables amb multa de fins a 750 EUR”.

En relació amb l'anterior precepte, l'article 39.2 de l'esmentada Ordenança preveu que:

“És especialment prohibit per aquesta Ordenança l'oferiment, la sol·licitud, la negociació o l'acceptació de serveis sexuals retribuïts a l'espai públic, quan aquestes conductes es duguin a terme en espais situats a menys de dos-cents metres de distància de centres docents o educatius en els que s'imparteixen ensenyaments del règim general del sistema educatiu”.

Quart.- L'Ajuntament de Barcelona és l'entitat responsable del fitxer “*Ordenanzas municipales (DEN+INSP)*”, d'acord amb la inscripció que consta al Registre General de Protecció de Dades, i fou declarat amb la finalitat de “*gestión de denuncias a ordenanzas municipales. Inspección y resolución*”.

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^a 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.- En primer lloc, escau analitzar les al·legacions formulades per l'Ajuntament de Barcelona en el curs d'aquest procediment sancionador.

1.- En relació al caràcter de dades especialment protegides de les dades contingudes en les butlletes de denúncia.

En primer lloc, cal analitzar l'al·legació formulada per l'Ajuntament en la que sosté que les dades incorporades a la butlleta de denúncia no poden ser considerades dades relatives a la vida sexual, i consegüentment, no tindrien el caràcter de dada sensible, per la qual cosa seria d'aplicació el règim ordinari de l'article 6.2 de la LOPD.

La naturalesa de les dades recollides i tractades és una qüestió d'especial transcendència, atès que la LOPD estableix un règim específic, més reforçat, en relació al tractament d'una categoria especial de dades, les anomenades "dades sensibles" o "especialment protegides", entre les quals es troben les dades relatives a la vida sexual.

En efecte, l'article 6 de la LOPD estableix com a principi general que el tractament de les dades de caràcter personal requerirà el consentiment inequívoc de la persona afectada, llevat que la llei disposi una altra cosa, o que concorri algunes de les excepcions contemplades expressament a l'apartat segon del mateix precepte. Ara bé, en relació a les dades relacionades amb la vida sexual serà d'aplicació l'apartat tercer de l'article 7 de la LOPD, que 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"*.

Cal aquí recordar que les dades recollides pels agents de la GUB en butlletes de denúncia, segons consta als fets provats, són les següents:

- Nom, cognoms, núm. de document i adreça, així com el fet d'haver incorregut en una infracció tipificada a l'article 40.2 de l'Ordenança de Convivència.
- A l'apartat "*Art. Infringit*" figura el literal "*40.2 - CONV*".
- A l'apartat "*Fet denunciat*" consta el següent text: "*Persistir en l'oferiment, la sol·licitud, la negociació o l'acceptació de serveis sexuals retribuïts a l'espai públic*".

La Corporació, citant algunes sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans, així com alguns informes de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, arriba a la conclusió que *"la noció de vida sexual ha d'interpretar-se (...) com a inclinació sexual, identitat sexual, hàbits sexuals, orientació sexual o tendències sexuals"*, per la qual cosa no es pot atribuir el caràcter de dada relativa a la vida sexual a les dades incorporades a la butlleta de denúncia (s'entén la relativa a oferir serveis sexuals a la via pública).

Doncs bé, aquesta Autoritat considera que oferir (i també sol·licitar) serveis sexuals a la via pública no és sinó un indicador d'una tendència o hàbit sexual, doncs permet inferir clarament que una persona realitza pràctiques sexuals a canvi de diners (o bé paga per elles, en el cas de qui les sol·licita); i, en tractar-se de dades que són incorporades en un fitxer, poden ser tractades de manera que s'obtingui un perfil de les persones que ofereixen (o sol·liciten) serveis sexuals, la qual cosa pot suposar una amenaça per a la persona en qüestió.

En definitiva, les dades que recullen els agents de la GUB en les butlletes de denúncia han de ser considerades com a dades relatives a la vida sexual, dades, per tant, objecte d'una especial protecció i a les quals se'ls aplica un règim més rigorós pel que fa al seu tractament i cessió.

2.- Quant a l'habilitació legal per tractar les dades relatives a la vida sexual.

De conformitat amb l'article 7.3 de la LOPD, per a la recollida i tractament de dades relatives a la vida sexual cal, a més de l'existència de raons d'interès general, una llei que així ho disposi o bé el consentiment exprés de les persones interessades.

En el present cas resulta evident que l'Ajuntament no disposava del consentiment exprés de les persones afectades, per la qual cosa caldria que una llei autoritzés el tractament de les dites dades. Al respecte, la Corporació sosté que *"la cobertura legal per a la tipificació de la infracció prevista a l'article 39 de l'OC (ordenança civisme) es troba en els següents preceptes, tots ells de rang legal:*

- L'article 39 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases de Règim Local, que reconeix la potestat municipal per tipificar infraccions i sancions amb la finalitat d'ordenar les relacions de convivència d'interès local (essent evident que el be jurídic protegit per l'article 39.3 OC és justament la preservació de la convivència).

- Els arts. 128 i 129 de la Carta Municipal de Barcelona (...), que estableixen, d'una banda, que correspon a l'Ajuntament sancionar en les ordenances els actes contraris a les relacions de veïnatge (art. 128), i, d'altra banda, que l'Ajuntament ha de regular per Ordenança les conductes incíviques constitutives d'infracció administrativa (art. 129).

- L'article 30 de la Llei 1/2006, de 13 de març, per la qual es regula el règim especial del municipi de Barcelona, que diu, expressament que les Ordenances municipals poden considerar com a infracció administrativa la prestació i demanda de serveis (en el nostre cas, sexual, però també d'altra índole: massatges, tarot, etc) a l'espai públic".

En relació amb aquesta al·legació, s'ha d'analitzar l'habilitació que els preceptes mencionats atribueixen a l'Ajuntament per tractar dades personals relatives a la vida sexual de les persones.

Per resoldre aquesta qüestió cal acudir als criteris sostinguts pel Tribunal Constitucional en la sentència 292/2000. En aquesta sentència el TC analitza, en relació amb el dret fonamental a la protecció de dades personals, l'aplicació del principi de reserva de llei reconegut a l'article 53.1 de la Constitució Espanyola, com a fonament per a la limitació del seu contingut essencial.

" (...) el centro de la impugnación es la vulneración de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, por estimarse que sólo la Ley, y no una norma reglamentaria, puede precisar en qué casos cabe limitar el derecho fundamental. De suerte que aun cuando el apartado 4 del art. 21 excepcione la exigencia contenida en el art. 11 LOPD y tal excepción opere, en lo que aquí

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

importa, en relación con el supuesto regulado en el apartado 1, la exclusión del previo consentimiento del interesado en realidad sólo constituye en la impugnación un elemento sustantivo que pone de relieve las consecuencias que se derivan de la infracción de la reserva de Ley que el art. 53.1 CE ha establecido” (FJ 13).

La sentència analitza seguidament la interrelació entre la llei formal i les disposicions reglamentàries als efectes de complir el principi recollit a l'article 53.1 de la CE, afirmant que: *“Al respecto, ya hemos dicho [STC 127/1994, FJ 5, con remisión a la STC 83/1984, FJ 4, y 99/1987, FJ 3 a)] que incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. De tal modo que esa remisión no conlleve una renuncia del legislador a su facultad para establecer los límites a los derechos fundamentales, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir, pues, en tal caso, el legislador no haría sino "deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado" (STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4, recogiendo la expresión de la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14).*

La remisión a la regulación reglamentaria de materia ligada a la reservada a la Ley es preciso, pues, que se formule en condiciones tales que no contraría materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, "ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley". Es en este segundo plano en el que se encuentra el núcleo argumental del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo que es acogido en esta Sentencia, el cual considera que al establecer el art. 21.4 LOPD que esas cesiones no requieren del previo consentimiento del afectado permite al reglamento imponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales, que como se ha dicho ya, defrauda la previsión del art. 53.1 de la Constitución (STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 3)”.

La sentència citada estableix, de forma molt nítida, el límit de les habilitacions per al tractament de les dades personals, en el sentit que només és possible limitar un dret fonamental en atenció a altres drets o bens constitucionalment protegits, tenint en compte però, que aquestes limitacions han de contemplar-se en una norma amb rang formal de llei. No és possible un desapoderament de les atribucions del legislador per establir aquestes limitacions, per tant, no són admissibles limitacions que estiguin bassades exclusivament en normes de rang inferior. Les normes reglamentàries podran matissar o concretar la limitació prevista a la llei, però *“sólo la Ley, y no una norma reglamentaria, puede precisar en qué casos cabe limitar el derecho fundamental” (STC 292/2000 FJ 13).*

També és meridianament clara en aquest sentit la STC 70/2009, invocada per la instructora en la proposta de resolució, sentència que aquesta Autoritat considera plenament aplicable al cas que aquí ens ocupa, en contra del criteri sostingut per l'entitat imputada. La citada

sentència analitza si la regulació legal esgrimida pel tribunal d'instància resultava suficient com per permetre "el acceso a las Administraciones Públicas a datos relativos a la salud de una persona y la evaluación y toma en consideración de los mismos". És cert, tal com argüeix l'Ajuntament, que aquesta sentència es refereix al dret fonamental a la intimitat regulat a l'article 18.1 de la CE, però l'anàlisi que realitza és extrapolable al dret a la protecció de dades, dret que també té la consideració de dret fonamental (article 18.4 de la CE) i que com a tal, indubtablement, gaudirà del mateix grau de protecció.

"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'exposat pel TC en les sentències citades, es desprèn en síntesi el següent:

- Que la limitació del dret fonamental a la protecció de dades ha de ser conforme amb l'article 53.1 de la CE, podent només limitar-se per una norma amb rang formal de llei l'exigència del consentiment de la persona afectada, així com que la norma reglamentària únicament pot complementar la regulació legal, sense que això pugui comportar una renúncia del legislador per establir els límits d'un dret fonamental.

- Que quan aquesta limitació es produeixi en relació a determinats tipus de dades –la STC 70/2009 es refereix a dades relatives a la salut, però entén aquesta Autoritat que el criteri seria extensible a les dades de caràcter sensible regulades a l'article 7.3 de la LOPD- 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 quin és el contingut de les normes que l'Ajuntament invoca com a habilitació legal substitutiva del consentiment exprés, a fi i efecte de determinar si aquestes normes legals contempnen, amb el suficient grau de concreció, una limitació al dret fonamental a la protecció de dades que doni cobertura a allò que disposen els articles 39 i 40 de la Ordenança referida.

L'Ajuntament de Barcelona en els seus escrits realitza una profusa dissertació en relació a la potestat sancionadora dels ens locals, i en concret, pel que fa a la normativa que l'habilita expressament per establir, mitjançant ordenança, les infraccions i les sancions per tal de garantir l'adequada ordenació de les relacions de convivència. La Corporació ve a considerar que, atès que la llei li atribueix la competència per dictar infraccions i sancions en relació a determinades matèries o conductes explicitades en la diferents normes (les recollides als arts. 139 i 140 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases de Règim Local –LRBRL-, arts. 128 i 129 de la Llei 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona, i 30 de la Llei 1/2006, per la qual es regula el règim especial del municipi de Barcelona), qualsevol norma reglamentària –com seria una ordenança- dictada per l'Ajuntament que vingui a concretar tals matèries o conductes seria suficient per limitar el principi bàsic del consentiment en el tractament de dades personals.

Cal dir, en primer lloc, que aquesta Autoritat no posa en dubte la potestat sancionadora que l'ordenament jurídic (en especial l'article 139 de la LRBRL) atribueix als ens locals. Cal subratllar que en el present procediment l'Autoritat no valora el contingut normatiu de l'Ordenança en qüestió, ni interpreta la norma, ni tampoc entra a valorar el seu rang normatiu, sinó que es limita a supervisar la seva aplicació i només des del moment que aquesta aplicació suposa la recollida i tractament de dades personals especialment protegides.

El que es tracta aquí de dilucidar és si la Corporació ha efectuat un tractament de dades personals –en concret dades relatives a la vida sexual- d'acord amb la normativa de protecció de dades, normativa que, val a dir, és transversal en el nostre ordenament; en altres paraules, que cal fer una lectura integradora de qualsevol norma amb el dret fonamental a la protecció de dades. Així, a l'hora d'exercir la potestat sancionadora, els ens locals hauran de contemplar, no només aquelles normes que li atribueixen tal facultat, sinó també allò que disposa la LOPD, i en concret, pel que fa al cas que ens ocupa, haurà de tenir en compte la limitació que recull l'article 7.3 de la citada llei orgànica, que estableix un règim més estricte pel que fa al tractament i cessió de dades especialment protegides com són les dades relatives a la vida sexual.

Aquesta Autoritat, d'acord amb el criteri exposat per la instructora del procediment a la proposta de resolució, entén que cap de les normes de rang legal explicitades per l'Ajuntament preveuen cap circumstància, ni actuació, ni competència, que comporti inexcusablement la recollida i tractament de dades relatives a la vida sexual de les persones. És cert que les disposicions legals invocades per la Corporació estableixen una habilitació genèrica per tal que l'Ajuntament de Barcelona pugui establir determinades infraccions i sancions a les seves ordenances, la qual cosa implica una habilitació per a la recollida i tractament de les dades de les persones presumptes infractores, que aquesta Autoritat no qüestiona amb caràcter general. El que sí nega aquesta Autoritat és que aquesta habilitació serveixi també per recollir i tractar dades de caràcter especialment protegit. Així, de conformitat amb el criteri jurisprudencial exposat, es considera que en les dades personals especialment protegides com és el cas de la dada referent a la vida sexual, no n'hi ha prou amb una habilitació legal genèrica sinó que atesa la naturalesa especial d'aquestes dades, cal que la norma habilitant estableixi una menció específica dels supòsits i requisits de la mesura restrictiva del dret.

És per tot el que s'ha exposat en aquest punt que aquesta Autoritat considera que el tractament de la dada relativa a la vida sexual no estaria habilitat per una norma amb rang formal de llei, sinó per una ordenança municipal –amb rang reglamentari-, cosa que contravindria el previst a l'article 7.3 de la LOPD.

3.- En relació a l'eventual vulneració, per part d'aquesta Autoritat, del principi d'autonomia local i d'altres principis constitucionals.

L'Ajuntament considera que, en cas que la resolució confirmi la proposta de resolució –com és el cas-, aquesta Autoritat vulneraria l'autonomia local de l'Ajuntament de Barcelona constitucionalment, estatutàriament i legalment garantida.

Aquesta Autoritat es mostra totalment en desacord amb aquesta afirmació i res més lluny de la seva voluntat que posar en dubte, ni molt menys vulnerar, l'autonomia local dels municipis. La resolució d'aquesta Autoritat simplement es limita a constatar que uns determinats tractaments d'un tipus concret de dades personals realitzat per part de l'Ajuntament –i que fou objecte de diverses denúncies- no compleix amb els requisits establerts a la normativa de protecció de dades. En concret, i com s'ha dit, que el tractament de dades relatives a la vida sexual no es

troba habilitat per una norma amb rang legal com exigeix l'article 7.3 de la LOPD i en els termes requerits per la jurisprudència constitucional esmentada, sinó per una norma amb rang reglamentari, i és per això que tot tractament que porti causa en els preceptes de l'Ordenança que sancionen l'oferiment de serveis sexuals incomplirà la normativa de protecció de dades.

D'altra banda, certament aquesta Autoritat no pot obviar que, de conformitat amb l'exposat en aquest fonament de dret, la imposició de la mesura proposada per la instructora de cessar en la recollida i tractament de dades referents a la vida sexual, per tal d'evitar que es persisteixi en la vulneració de la normativa de protecció de dades, pot comportar *de facto* que l'Ajuntament no pugui seguir aplicant determinats articles de l'Ordenança. Però això no implica òbviament que es declari aquí la seva nul·litat, ni de forma expressa ni tàcita, ja que certament no és competència d'aquesta Autoritat formular tal declaració.

Vist l'anterior, les al·legacions formulades per l'Ajuntament de Barcelona en el curs d'aquest procediment sancionador no desvirtuen els fets imputats, ni la seva qualificació jurídica.

Tercer.- Seguidament s'aborden les al·legacions formulades per una de les associacions denunciants a la proposta de resolució.

El primer que cal dir és que les dites al·legacions no tenen com a finalitat desvirtuar en cap cas les imputacions efectuades al plec de càrrecs i a la proposta de resolució, ni la seva qualificació jurídica. Ans al contrari, l'Associació denunciant es mostra totalment d'acord amb les mateixes. No obstant això, en el seu escrit efectua determinades consideracions que cal analitzar.

3.1.- En primer lloc, l'Associació denunciant posa en coneixement de l'Autoritat que el tractament de dades relatives a la vida sexual, no només el realitza l'Ajuntament per aplicació dels articles 39 i 40 de la ordenança municipal, sinó també quan sanciona en base a l'article 79.1.d) de la mateixa norma. Per tal d'acreditar aquest fet, aporta una còpia d'una notificació d'un plec de càrrecs relatiu a un procediment sancionador per infracció de l'Ordenança municipal de mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l'espai públic de Barcelona, en el qual consta el literal següent: *"1. En data (...), l'agent núm... va imposar la denúncia núm... a (...) per INCOMPLIR ORDRES O REQUERIMENTS FORMULATS PELS AGENTS. Tot i que la persona denunciada va ser advertida de la prohibició d'oferir serveis sexuals retribuïts a l'espai públic (...). 4. La qualificació de la infracció es troba determinada a l'article 79.1 de l'Ordenança, i és sancionable amb una multa de 1500,01 a 3000 euros"*.

En efecte, de la documentació aportada per l'Associació denunciant, es desprèn que en aquest cas concret l'Ajuntament ha tractat dades de caràcter sexual en base a una norma que no té rang legal (art. 79 de l'Ordenança). Si bé el present procediment sancionador que aquí es resol es va incoar en relació al tractament de la dada relativa a la vida sexual en butlletes de denúncia que s'imposaven amb motiu de la infracció tipificada a l'article 40.2 de la citada ordenança (en relació amb el 39 de la mateixa norma), en el cas del plec de càrrecs aportat per la denunciant, és obvi que la denúncia formulada per infracció de l'article 79 (per incomplir ordres o requeriments efectuats pels agents) està relacionada amb la prohibició

establerta a l'article 39, raó per la qual aquesta Autoritat entén que també en relació a aquests tractaments serien aplicables les mesures que es detallaran al fonament jurídic sisè.

3.2.- Seguidament, l'Associació sol·licita que aquesta Autoritat requereixi l'Ajuntament per tal que cancel·li i esborri les dades controvertides.

En relació a aquesta petició, cal assenyalar que en les mesures correctores que aquesta Autoritat imposa a l'Ajuntament en l'apartat sisè d'aquesta resolució, està la de cessar en la recollida i tractament de les dades relatives a la vida sexual. Aquesta mesura comportarà, necessàriament, que l'Ajuntament deixi de tractar les dades citades com fins ara ho venia fent. No obstant això, si ho consideren oportú, les persones interessades poden exercir el seu dret de cancel·lació davant el responsable del fitxer de conformitat amb l'article 16 de la LOPD.

3.3.- L'Associació denunciant sol·licita que es requereixi l'Ajuntament per tal que declari nul·les totes les sancions imposades com a conseqüència de la infracció dels articles 39, 40 i 79.1.d) de l'Ordenança (quan aquest faci referència als articles 39 i 40 de l'Ordenança).

Pel que fa a aquesta petició cal assenyalar que, de la mateixa manera que aquesta Autoritat no és competent per declarar la nul·litat de l'Ordenança esmentada, tampoc no ho és per declarar la nul·litat dels actes administratius que es dictin en la seva aplicació. Això, sense perjudici que les persones afectades exerceixin les accions que considerin oportunes davant els organismes i autoritats competents.

3.4.- A l'últim, es sol·licita que aquesta Autoritat requereixi a l'Ajuntament per tal que *“ponga en conocimiento público la Resolución del expediente administrativo sancionador, de forma que las personas afectadas por la misma tengan conocimiento de su contenido (...)”*

El primer que cal assenyalar és que, segons l'article 21.2 de la Llei 32/2010, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en consonància amb l'article 46 de la LOPD, en la resolució que declari la comissió d'una infracció, l'Autoritat pot requerir l'entitat infractora per tal que adopti les mesures necessàries perquè cessin o es corregeixin els efectes de la infracció. Així doncs, segons l'anterior, aquesta Autoritat no pot exigir l'Ajuntament que doni a conèixer públicament la dita resolució.

Cal afegir però que, des de l'entrada en vigor de la Llei 32/2010, i de conformitat amb el seu article 17.2, les resolucions dictades per aquesta Autoritat són publicades, degudament anonimitzades, al web www.apd.cat.

Quart.- A efectes de determinar les infraccions en què pot haver incorregut l'entitat imputada, val a dir que els tipus infractors previstos a l'article 44 LOPD han estat modificats per la disposició addicional 56a de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, que va entrar en vigor l'endemà de la seva publicació (BOE de 05/03/2011). No obstant l'anterior, d'acord amb el principi general d'irretroactivitat que regeix en l'exercici de la potestat sancionadora (art. 102.2 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya i art. 128 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú), s'han

d'aplicar les disposicions sancionadores vigents en el moment de produir-se els fets que constitueixen infracció administrativa, tret que les noves disposicions afavoreixin al presumpte infractor, circumstància que no es dóna en el present cas. És per això que aquesta modificació legislativa no afecta la qualificació de les infraccions que es fa en el present procediment sancionador.

Cinquè.- L'article 7.3 de la LOPD determina 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”.

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 que, en paraules del Tribunal Constitucional (STC 292/2000), consisteix *“en un poder de disposició y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”.*

En aquest procediment consta acreditat que l'Ajuntament de Barcelona ha tractat dades de caràcter personal relatives a la vida sexual de les persones de qui es van recollir les seves dades amb motiu d'una presumpta infracció tipificada a l'article 40.2 de la Ordenança de Convivència (en relació amb l'article 39 de la mateixa norma), sense que l'Ajuntament disposés del consentiment exprés de les persones afectades, i sense que una norma amb rang de llei habilités aquest tractament, tal com s'ha exposat a l'apartat segon dels fonaments de dret d'aquesta resolució.

En definitiva, l'Ajuntament de Barcelona ha tractat dades personals relatives a la vida sexual de determinades persones, sense que pugui acreditar-se cap circumstància que legitimi aquest tractament de dades, motiu pel qual ha incorregut en una infracció molt greu prevista en l'article 44.4.c) –abans de la nova redacció donada per la Llei 2/2011- de la LOPD:

“Recollir i tractar les dades de caràcter personal a què es refereix l'apartat 2 de l'article 7 quan no hi hagi el consentiment exprés de l'afectat; recollir i tractar les dades referides a l'apartat 3 de l'article 7 quan no ho disposi una llei o l'afectat no hi hagi consentit expressament, o violentar la prohibició que conté l'apartat 4 de l'article 7”.

Val a dir que aquesta mateixa infracció, en allò que aquí interessa, està actualment prevista també com a molt greu al mateix precepte de la LOPD, segons la nova redacció donada per la Llei 2/2011, abans mencionada.

Sisè.- L'article 21.2 de la Llei 32/2010, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades (en el mateix sentit que l'article 16.2 de la derogada Llei 5/2002), en consonància amb l'article 46 de la LOPD, preveu que quan les infraccions siguin comeses per una administració pública, la resolució que declari la comissió d'una infracció, haurà d'establir les mesures que escau adoptar perquè cessin o es corregeixin els efectes de la infracció. És en virtut d'aquest precepte que aquesta Autoritat requereix l'Ajuntament de Barcelona per tal que cessi, a partir del dia següent al de la notificació de la resolució, en la recollida i tractament de dades relatives a la vida sexual que portin causa en l'aplicació dels articles 39 i 40 de l'Ordenança de mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a l'espai públic de Barcelona, sense el consentiment exprés de la persona afectada, mentre no existeixi una habilitació legal específica que li doni cobertura, de conformitat amb allò que s'ha exposat al fonament de dret segon. Aquesta mesura ha de comportar també el cessament en la recollida i tractament de dades relatives a la vida sexual en relació a les sancions imposades en base a l'article 79.1.d) de l'Ordenança que portin causa en un incompliment de les conductes explicitades a l'article 39 de l'ordenança citada.

Un cop l'Ajuntament hagi dut a terme les mesures assenyalades, en el termini de 10 dies hàbils n'haurà de donar compte a l'Autoritat, per tal d'acreditar el seu compliment

Fent ús de les facultats que em confereix 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.- Declarar que l'Ajuntament de Barcelona ha comès una infracció molt greu prevista a l'article 44.4.c) de la LOPD en relació amb l'article 7.3 de la mateixa disposició legal.

Segon.- Requerir l'Ajuntament de Barcelona per tal que dugui a terme les mesures assenyalades en el fonament de dret sisè de la present resolució.

Tercer.- Notificar aquesta resolució a l'Ajuntament de Barcelona i a les associacions denunciants.

Quart.- Comunicar la resolució al Síndic de Greuges, de conformitat amb l'article 21.4 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, mitjançant el seu trasllat literal, segons el que especifica l'Acord Tercer del Conveni de Col·laboració entre el Síndic de Greuges de Catalunya i l'Agència Catalana de Protecció de Dades de data 23 de juny de 2006.

Cinquè.- Ordenar la publicació de la resolució que es dicti al web de l'Autoritat (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 l'article 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, les parts interessades poden interposar, amb caràcter potestatiu, recurs

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

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, les parts interessades poden interposar qualsevol altre recurs que considerin convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

Esther Mitjans i Perelló

Barcelona, 18 de maig de 2011