

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. PS 31/2012, referent a l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona.

Antecedents

Primer.- En data 13/03/2012 va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'una persona pel qual formulava denúncia contra l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona, amb motiu d'un presumpte incompliment de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD).

En l'escrit de denúncia, s'exposa que en el DOGC de data (...) i en el BOPB de data (...) s'hauria anunciat que per mitjà de Decret d'Alcaldia núm. (...), s'havia resolt el cessament en el càrrec del (...) de qui ocupava el càrrec fins aquella data. La persona denunciant no es queixa però d'aquestes publicacions, sinó d'altres publicacions posteriors en els mateixos diaris oficials, en les quals es va incloure el text íntegre del Decret referit (BOPB de (...) i DOGC de (...), en el qual es feia menció de la situació de baixa per IT, sense disposar del consentiment exprés de la persona titular d'aquella dada i sense que, segons la persona denunciant, existís habilitació legal que emparés la difusió d'aquesta informació.

La persona denunciant aportava diversa documentació relativa als fets denunciats: (...)

Segon.- L'Autoritat va obrir una fase d'informació prèvia (IP 54/2012), d'acord amb el que preveu l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, en relació amb la DT 2ª de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, per tal d'obtenir més informació sobre les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables.

En el sí d'aquesta fase d'informació, per mitjà d'ofici de data 20/03/2012 es va requerir a l'entitat denunciada per tal que informés sobre una sèrie d'extremes relacionats amb els fets objecte de denúncia.

L'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona va respondre l'anterior requeriment a través d'escrit de data 03/04/2012 pel qual s'exposava, entre d'altres, el següent:

- Que *"l'habilitació legal de les publicacions efectuades en diaris oficials, es troba a l'article 59.5 de la Llei 30/1992, Llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú."*
- Que *"la primera publicació es fa del Decret, per coneixement general, la segona i la tercera, a la vista de l'impossibilitat de notificació del burofax a l'adreça que constava a l'Ajuntament del denunciant i la quarta i la cinquena, per subsanar la manca de peu de recurs de les fetes amb anterioritat."*
- Que en relació amb la necessitat i/o pertinença de la publicació de la dada relativa a la situació de "baixa per IT": *"es fa amb base a l'article 33, amb relació amb l'article 30.1 d) del Real Decret 1732/1994, de 29 de juliol, sobre "Provisión de puestos de trabajo de la Administración local reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional", substituïnt la menció a "Enfermetat" per la de IT, es a dir incapacitat temporal."*

- Que en relació a la publicació de les notificacions personals en dos diaris oficials diferents *“es va fer per evitar causar indefensió a l'interessat, en cas que volgués impugnar l'acte administratiu.”*

Posteriorment, l'Autoritat per mitjà d'escrit de data 25/04/2012 requerí l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona per tal que acredités documentalment els intents de notificació previs a la notificació per edictes. Aquest requeriment va ser contestat per mitjà d'ofici de data 09/05/2012, en el qual l'Ajuntament adjuntava còpia de documentació relativa a l'enviament del burofax de data 20/01/2012 per mitjà del qual s'intentà notificar, de forma infructuosa, el Decret d'Alcaldia núm. (...). En aquesta documentació es fa constar que en data 23/01/2012 s'ha intentat notificar el dit burofax a les 14:24 hores amb resultat infructuós i que en data 23/02/2012 a les 09:14 hores al no haver-se reclamat, ha caducat en llista.

Tercer.- En data 31/05/2012 la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona, per una presumpta infracció molt greu prevista a l'article 44.4.b) en relació amb l'article 7.3 i 11.1 de la LOPD. Així mateix, va nomenar persona instructora de l'expedient a la funcionària de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, la Sra. XXX. Aquest acord d'inici, juntament amb el plec de càrrecs, es va notificar a l'entitat imputada el 06/06/2012.

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

Quart.- L'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona va formular al·legacions al plec de càrrecs mitjançant escrit de 20/06/2012, les quals es van abordar en l'apartat segon dels fonaments de dret de la proposta de resolució.

Cinquè.- En data 26/07/2012 la persona instructora d'aquest procediment va formular proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades declarés que l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona havia incorregut en una infracció molt greu prevista a l'article 44.4 b), en relació amb l'article 7.3 i 11.1, tots ells de la LOPD. Aquesta proposta de resolució fou notificada en data 01/08/2012, i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

Sisè.- Per mitjà d'escrit de 02/08/2012 l'entitat imputada ha formulat al·legacions a la proposta de resolució.

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

Fets Provats

Únic.- Mitjançant Decret d'Alcaldia núm. (...), l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona acorda d'una banda, el cessament de la persona que ocupava el càrrec de (...), i de l'altra, el nomenament de la persona funcionària que assumirà aquestes funcions.

En data 20/01/2012, l'Ajuntament envia dos burofax a la persona aquí denunciant per tal de notificar-li el text íntegre del Decret d'Alcaldia núm. (...). Un d'aquests burofax, concretament el que consta amb el codi de correus número NBXXX, és enviat a la persona denunciant a una adreça del municipi de XXX i l'altre burofax, amb codi de correus número NBXXX, s'adreça també a aquesta persona però a un domicili del municipi de XXX.

En data 23/01/2012, els serveis de correus intenten notificar a la persona aquí denunciant ambdós burofax, a cadascun als domicilis assenyalats. El resultat d'aquest únic intent de notificació –en cadascun dels dos domicilis- és infructuós, i davant això el personal de correus deixa els corresponents avisos per tal que es recullin els dits burofax a l'oficina de correus que correspongui.

En dates (...) es publica al DOGC i BOPB respectivament, un anunci de data (...) de l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona per mitjà del qual es fa públic que en data (...) s'ha acordat per Decret d'Alcaldia (...), el cessament de la persona que ocupava el càrrec de (...) de l'Ajuntament, i el nomenament de la persona funcionària que assumirà aquestes funcions. En aquests anuncis no s'hi inclou el text íntegre del dit Decret.

En data (...) es publica al BOPB un edicte de data (...) de l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona per mitjà del qual es transcriu íntegrament el Decret d'Alcaldia núm. (...). En aquest decret hi figuraven dades de caràcter personal de la persona cessada en el càrrec de (...) – com és el seu nom i cognoms i la situació de baixa per IT-. També constaven al Decret les dades identificatives (nom i cognoms i DNI) d'una altra persona qui havia ocupat el càrrec amb anterioritat al cessament esmentat; i també el nom i cognoms i DNI de la persona que es nomenava en aquell acte per ocupar el lloc citat.

En data 18/02/2012 es notifica personalment al destinatari el burofax amb codi de correus NBXXX, que s'havia dirigit a una adreça de XXX.

En data 23/02/2012, des de correus es retorna el burofax amb codi NBXXX adreçat a un domicili de XXX, atès que aquest no ha estat recollit i ha caducat en llista.

En data (...), és a dir després que s'hagués notificat personalment al destinatari el burofax dirigit a XXX (lliurat el 18/02/2012) tant al BOPB com al DOGC es torna a publicar l'edicte de data (...) de l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona per mitjà del qual es transcriu íntegrament el Decret d'Alcaldia núm. (...), ja publicat anteriorment, si bé en aquest cas s'hi afegeix que: *“D'acord amb l'article 59.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú, es notifica al Sr. (...) un cop intentada la pràctica de la notificació en el seu últim domicili conegut per aquest Ajuntament sense que aquesta s'hagi estat possible (...)”.*

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 el si d'aquest procediment sancionador, l'entitat imputada va formular al·legacions davant el plec de càrrecs i també davant la proposta de resolució. El primer escrit d'al·legacions ja fou analitzat en la proposta de resolució formulada per la persona instructora, la resposta a les quals, es dóna per reproduïda. Tot seguit s'analitzen doncs el conjunt d'al·legacions formulades per l'entitat imputada davant la proposta de resolució, que en essència venen a reiterar les que s'havien formulat davant el plec de càrrecs.

2.1.- En relació als antecedents.

En aquesta al·legació l'entitat imputada resumeix la imputació efectuada al llarg d'aquest procediment, reconeix els fets provats i finalment, exposa una sèrie de circumstàncies mencionades al formular les al·legacions al plec de càrrecs –concretament, a l'al·legació segona- que considera que la instructora hauria d'haver esmentat, com per exemple, diversos conflictes existents entre l'Ajuntament i la persona que ocupava el càrrec de (...).

Doncs bé, al respecte cal dir que les diferents circumstàncies relatives als suposats conflictes existents entre l'Ajuntament i la persona que ocupava el càrrec de (...) són aliens a allò que és objecte d'aquest procediment sancionador, i per tant no desvirtuen ni alteren els fets aquí imputats, ni la seva qualificació jurídica.

2.2.- Sobre les circumstàncies en què es van efectuar les diverses publicacions als diaris oficials.

S'abordaran aquí conjuntament, les al·legacions segona i quarta formulades per l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona davant la proposta de resolució, atesa la seva connexió.

L'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona esgrimeix en primer lloc que la finalitat del tractament de dades objecte d'aquest procediment obeeix a què *"el Sr. (...), s'assabentés de la resolució de cessament del seu càrrec (...), esgotant, a tal efecte, totes les vies possibles i per això les publicacions al DOGC i al BOPB."*

En segon lloc, justifica que l'actuació de l'Ajuntament relativa a la pràctica de les notificacions que són objecte d'aquest procediment es troba legitimada per l'aplicació dels articles 58 i 59 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPAC), i en base als arguments següents: *"Només després d'intentar notificar personalment a l'interessat (...) el Decret d'Alcaldia de continua referència, i a la vista de l'impossibilitat de notificació del burofax a l'adreça que constava a l'Ajuntament del denunciant (municipi de XXX) i donat que no va ser possible, és quan es publica per segona vegada al BOPB en data (...) I aquí es on, entenem, no poden ser acceptats els arguments de la Instructora. Fixem-nos que s'intenta la notificació al domicili particular del denunciant, es a dir, l'únic domicili que consta a l'Ajuntament d'aquest senyor i, es obvi que, en aquest domicili no se'l troba i que per tant, no se li pot notificar la resolució."*

Si l'Ajuntament no hagués actuat amb tota la bona voluntat i excés de cel en la observança dels drets del aquí denunciador, i ni tan sols hagués intentat la notificació al domicili dels pares, no d'ell, la conducta de l'Ajuntament no seria discutida en aquests moments, doncs precisament, el burofax que rep finalment el denunciador es el que s'envia al domicili dels pares. Cap obligació tenia l'Ajuntament d'enviar el burofax al domicili dels pares o de qualsevol altre familiar, ni li era exigible altre conducta que intentar la notificació al seu domicili, al domicili que consta a l'expedient administratiu." I finalment, explica que l'adreça del domicili dels pares, no era coneguda per l'Administració sinó pel funcionari que es va encarregar d'enviar els burofaxos.

En tercer lloc, l'Ajuntament reconeix que "és cert que el dia 18/02/2012, es notifica personalment al destinatari el burofax remès al domicili dels pares (...) que constava a l'Ajuntament, sempre amb la intenció ja esmentada d'esgotar totes les vies possibles per tal de que l'interessat acabés tenint coneixement del acte administratiu dictat. Ara bé, hem de dir i aclarir que el fet de que el destinatari (...) rebi la notificació el dia 18/02/2012 no vol dir que l'Ajuntament tingui coneixement de que l'hagués rebut personalment, doncs l'acús de rebut d'aquesta notificació arriba dies més tard a l'Ajuntament." (...) D'altra banda, és cert també que en data (...) es publica de nou el Decret d'Alcaldia de continua referència al BOPB i DOGC, si bé s'ha de tenir en compte que un cop s'envia la resolució que es vol publicar als serveis administratius del BOPB i DOGC, tarden uns dies a fer-se efectives aquestes publicacions. En concret les publicacions del dia (...) es remeten al Servei del Butlletí Oficial de la Província de Barcelona en data 06/02/2012 i pel que fa a les publicacions del dia (...), es fa la sol·licitud en data 17/02/2012.

Per tant, es obvi, que quan es varen fer les dues sol·licituds de publicació al BOPB i DOGC (06/02/2012 i 17/02/2012) l'Ajuntament no sabia ni podia saber, en cap cas, que l'interessat hagués rebut definitivament la notificació remesa, ja que la rep el dia 18/02/2012, es a dir, un dia després de que s'enviés la darrera de les sol·licituds, tenint notícia d'aquesta efectiva recepció dies més tard del 18/02/2012."

Finalment, l'Ajuntament invoca novament un informe de l'AEPD –ja mencionat en les al·legacions formulades davant el plec de càrrecs- sobre la publicació de dades personals en diaris oficials i conclou el següent: "(...) la proposta de sanció diu que la ACPD no està supeditada a la AEPD i que no existeix cap mena de jerarquia ni dependència (...) Encara sent així, es obvi que la normativa d'aplicació (LOPD) és la mateixa i per tant, ha d'haver una aplicació congruent de la norma jurídica en la que es basen les resolucions."

L'informe de l'AEPD invocat conclou el següent: "Per tant, la publicació de les dades personals en el Butlletí Oficial de la Província es troba autoritzada per la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, per tant, no constitueix cap infracció de la Llei Orgànica 15/1999." A aquest respecte, val a dir, tal com ja va argumentar la instructora en la proposta de resolució al contestar aquesta al·legació, que el criteri utilitzat en aquest informe per l'AEPD no dissenteix del que sosté aquesta Autoritat, atès que certament, la publicació de dades personals en un diari oficial pot estar legitimada per l'aplicació del que determina la LRJPAC i en concret, per allò que disposa el seu article 59.5 respecte les notificacions edictals. Ara bé, en el cas present, el

precepte esmentat no pot operar com a habilitació legal de la difusió de dades personals objecte d'aquest procediment, per les raons que s'exposaran a continuació.

En primer lloc, cal tenir present que el Tribunal Constitucional ha declarat sovint que la notificació edictal constitueix *“un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales, de manera que la decisión de notificación mediante edictos debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o al menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación”*(per totes, la STC 158/2007, de 2 de juliol).

Aquest caràcter *“residual”, “subsidiari”, “supletori” i “excepcional”* de la notificació per edictes, obliga a l'Administració a que abans d'acudir a aquesta via, intenti la pràctica de la notificació personal en un domicili que resulti idoni, bé perquè aquest consta en l'expedient administratiu o bé perquè la seva localització resulta senzilla, a través d'oficines o registres públics, tal com ho determinen nombroses sentències del Tribunal Constitucional. A tall d'exemple, citarem la STC 128/2008, de 27 d'octubre, que conclou el següent: *“(…)Más en concreto, por lo que se refiere a supuestos de notificación edictal en procedimientos sancionadores en materia de tráfico este Tribunal ya ha puesto de manifiesto que, incluso en los casos en que resulte frustrada la posibilidad de notificación personal en el domicilio que figure en el Registro de vehículos, corresponde a la diligencia mínima exigible a la Administración sancionadora, antes de acudir a la vía edictal, el intentar la notificación en el domicilio que aparezca en otros registros públicos y al que, con la mayor normalidad, se dirigen después las actuaciones en vía ejecutiva administrativa”*; o la STC 145/2004, de 13 de setembre, que considera que s'ha produït indefensió de la persona interessada a l'haver-se notificat per via d'edictes -després dels intents de notificació infructuosos- la incoació i sanció d'un expedient sancionador: *“(…)Ha de concluirse, pues, que la Administración, al no haber emplazado personalmente a la demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador pese a tener conocimiento, o, al menos, evidente posibilidad de adquirirlo, del verdadero domicilio de aquélla, no ha actuado con la diligencia que le era exigible, y ha generado a la recurrente en amparo, al impedirle ejercer su derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, una situación de indefensión constitucionalmente relevante.”*

Doncs bé, en el cas present, el propi Ajuntament de Sant Quintí de Mediona ha admès que va tenir coneixement, a través d'un dels seus funcionaris, de l'existència d'un altre domicili diferent a aquell del municipi de XXX que constava en primer terme com a domicili a efectes de notificacions. I el propi Ajuntament ha admès que a aquest altre domicili, corresponent a XXX, li va donar la consideració de domicili adequat per a la finalitat de notificar l'acte en qüestió a la persona afectada. Prova d'això, és que el mateix dia en què l'Ajuntament envià la notificació del Decret d'Alcaldia per burofax al municipi de XXX, també s'envia una altra notificació per burofax amb el mateix contingut a l'altra adreça de XXX que coneixia el dit Ajuntament, en la qual es va assolir la finalitat pretesa, és a dir, notificar el Decret de cessament a la persona afectada. Tal com ja va argumentar la instructora l'actuació seguida fins aquí, consistent en intentar notificar l'acte administratiu als dos domicilis coneguts de la

persona afectada, es considera congruent amb la doctrina citada del Tribunal Constitucional, ja que com hem vist, abans d'acudir a la via edictal cal que l'administració esgoti totes les possibilitats de practicar la notificació personal.

A partir d'aquí, però, es considera que l'Ajuntament va actuar contràriament al que determina l'article 59.5 citat, atès que va publicar al BOPB de (...) i DOGC de (...) el contingut íntegre de l'edecte de data (...) per mitjà del qual es notificava el Decret d'Alcaldia núm.(...), i això sense que es complissin prèviament els requisits legals que permeten acudir a aquesta via "excepcional" de la notificació edictal.

En efecte, l'article 58.1 LRJPAC determina que s'han de notificar als interessats els actes administratius que afectin els seus drets i interessos, "*en els termes que preveu l'article següent*", i a la vista de l'al·legació de l'Ajuntament consistent en què l'article 59.2 de la LRJPAC no seria aplicable al cas perquè no es tractava d'un procediment iniciat a instància de part –manifestació inclosa en l'al·legació tercera i sobre la qual es tornarà més endavant al donar resposta a tot el seu contingut-, cal subratllar que aquesta remissió de l'art. 58.1 LRJPAC als requisits de l'article 59 LRJPAC, inclou també els procediments iniciats d'ofici. En conseqüència, era plenament aplicable al cas tot l'article 59 LRJPA, i en particular, les exigències sobre els dos intents de notificació incloses en el seu segon apartat, segon paràgraf.

L'article 59 LRJPAC disposa que les notificacions s'han de practicar per qualsevol mitjà que permeti tenir constància de la recepció per l'interessat o el seu representant, així com la data, la identitat i el contingut de l'acte notificat (apartat 1 del dit precepte). I afegeix l'apartat segon, en el seu paràgraf segon, que per al cas que la notificació es practiqués en el domicili de l'interessat, si ningú no se'n pot fer càrrec de la mateixa, es farà constar aquesta circumstància en l'expedient junt amb el dia i hora en què es va intentar la dita notificació, intent que es repetirà per una sola vegada i en una hora diferent dins els tres dies següents. I finalment, si un cop intentada la notificació, aquesta no s'hagués pogut practicar d'acord amb els requisits assenyalats anteriorment, es farà per mitjà d'anuncis al tauler d'edicte de l'ajuntament del seu últim domicili i en el diari oficial corresponent (apartat cinquè).

Doncs bé, en relació amb els requisits que s'acaben d'exposar, consta a les actuacions que l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona va procedir a la publicació en els BOPB de dates (...) i DOGC de (...) de l'edecte esmentat, sense esperar a conèixer el resultat dels intents de notificació personal preceptius enviats mitjançant els burofax dirigits a dos domicilis diferents i que s'havia de produir mitjançant la devolució de l'avís de rebuda signat o l'enviament retornat on hi figuessin els dos intents de notificació que s'havien de dur a terme segons disposa l'article 59.2 LRJPAC, cosa que no ha succeït en el cas present, atès que només consta un sol intent per a cadascun dels enviaments. Així, si en la línia del que exposa l'Ajuntament, es tingués en compte únicament l'enviament dirigit a l'adreça de XXX –ja que segons l'Ajuntament el de l'adreça de XXX s'hauria enviat únicament "*amb tota la bona voluntat i excés de cel*" però sense que fos preceptiu- ens trobaríem que respecte al dit enviament de XXX, l'Ajuntament només tenia constància d'haver-se practicat un sol intent de notificació infructuós, el 23/01/2012, i sense tenir constància del segon intent que exigeix l'article 59.2 LRJPAC i, s'hauria acudit a la notificació edictal. I per al cas en què es tingués en compte també l'intent de notificació dirigit a XXX, és un fet provat i admès pel propi Ajuntament, que

s'havia acudit a la notificació per edictes abans de conèixer el resultat d'aquest enviament, el qual precisament es va poder notificar a la persona afectada, la qual cosa descartava la procedència de la notificació edictal.

En conseqüència, al no ser aplicable l'habilitació legal prevista a l'article 59.5 de la LRJPAC, no pot entrar en joc l'excepció prevista a l'article 11.2 a) LOPD, que legitima la comunicació o cessió de dades personals sense consentiment de les persones afectades, quan aquesta es troba autoritzada per una llei.

En segon lloc, pel que fa a l'argument de l'Ajuntament segons el qual *"(...) quan es varen fer les dues sol·licituds de publicació al BOPB i DOGC (06/02/2012 i 17/02/2012) l'Ajuntament no sabia ni podia saber, en cap cas, que l'interessat hagués rebut efectivament la notificació remesa, ja que la rep el dia 18/02/2012, es a dir, un dia després de que s'enviés la darrera de les sol·licituds, tenint notícia d'aquesta efectiva recepció dies més tard del 18/02/2012"*, cal dir el següent.

Certament al remetre al diari oficial l'edecte per a la seva publicació, l'Ajuntament no podia conèixer la notificació personal a l'interessat ja que fou posterior. Però per raons òbvies, i tal com s'ha avançat, l'Ajuntament tampoc no podia conèixer que els intents de notificació personal preceptius haguessin resultat infructuosos, la qual cosa succeeix en el moment en què es retornen els enviaments a l'Administració amb l'acreditació d'haver efectuat els intents de notificació preceptius. En efecte, l'art. 59.5 LRJPAC exigia que abans de trametre els dits edictes per a la seva publicació, l'Ajuntament esperés a conèixer el resultat –mitjançant la devolució de l'avís de rebuda signat o l'enviament retornat- dels dos intents de notificació que s'havien de dur a terme segons disposa l'article 59.2 LRJPAC. Evidentment, en cas d'haver esperat a conèixer aquest resultat, l'Ajuntament hauria tingut constància de la notificació personal practicada, i per tant s'hauria evitat la publicació efectuada per mitjà d'edictes.

De conformitat amb el que s'ha exposat, aquestes al·legacions que s'han abordat aquí conjuntament, no poden reeixir.

2.3.- Sobre les dades personals publicades

En l'al·legació tercera, l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona intenta justificar la inclusió de dades personals en les publicacions realitzades al BOPB i DOGC per diferents motius.

En relació amb la inclusió en l'edecte publicat de les dades personals (nom i cognoms i DNI) de qui havia ocupat anteriorment el lloc de (...), l'Ajuntament manifesta simplement que *"apareix com a conseqüència de tot el que s'ha explicat anteriorment i com antecedents"* i afegeix que aquella persona no havia denunciat els fets. Respecte a la publicació del nom i cognoms i DNI de la persona que es nomenava en aquell Decret, l'Ajuntament nega que la inclusió d'aquestes dades s'hagués fet sense el seu consentiment, ja que considera que *"la Sra. (...) va intervenir (...), en els tràmits de les notificacions i publicacions oficials, acceptant per tant, la inclusió del seu nom i DNI."*

Pel que fa a la publicació de les dades personals consistents en nom i cognoms més situació de baixa per IT de la persona que en aquell Decret se la cessava en el càrrec de (...), l'Ajuntament argumenta en essència, el que segueix. Primer, la inclusió del nom i cognoms estaria justificada perquè es tractaria d'elements mínims identificatius; en segon lloc, respecte la situació de baixa per IT la seva habilitació es trobaria a l'article 33 en relació amb l'article 30.1 d) del Reial Decret 1732/1994, de 29 de juliol sobre Provisió de llocs de treball de l'Administració Local reservats a funcionaris amb habilitació de caràcter nacional, substituint la menció "malaltia" per "IT" i perquè les dades "IT" no revelen cap informació mèdica o de salut de l'interessat, de manera que *"no es pot equiparar als fets que la LOPD tracta d'evitar al sancionar la cessió a tercers de dades relatives a la salut de les persones"*; i en tercer lloc, l'Ajuntament reitera en essència els motius ja contestats en el punt anterior, i afegeix que al no tractar-se d'un procediment iniciat a sol·licitud de l'interessat, no seria aplicable el que disposa l'article 59.2 de la LRJPAC, motiu pel qual *"entenem que l'Ajuntament no havia d'intentar notificar-lo directament a ell de forma prioritària, i, per tant, estava habilitat i legitimat per fer aquestes comunicacions directament al BOPB i al DOGC."*

Tal com es va assenyalar en l'acord d'inici d'aquest procediment sancionador, la difusió de dades de caràcter personal efectuada per l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona, i per tant accessibles a través d'Internet, tot i no tenir uns destinataris concrets, ha de ser considerada com una comunicació de dades en el sentit de l'article 11 de la LOPD. Per tant, d'acord amb el previst en aquest precepte, aquesta comunicació de dades només és lícita quan es compta amb el consentiment de les persones afectades, o bé ho autoritza una norma amb rang de llei.

D'acord amb això, i al no ser aplicable l'habilitació legal de l'art. 59.5 LRJPAC per les raons exposades en el punt 2.2 d'aquest fonament de dret, la comunicació de dades efectuada a través de la difusió de l'edicte requeria el consentiment de les persones afectades. I el propi Ajuntament admet que no disposava del consentiment de dues de les tres persones afectades, motiu pel qual seria innecessari afegir res més al respecte.

Quant a si la dada referent a la incapacitat temporal de la persona denunciada té la consideració de dada de salut i per tant especialment protegida (art. 7.3 LOPD), és un element a tenir en compte ja que el tipus infractor imputat provisionalment en el plec de càrrecs era el previst a l'article 44.4 b) de la LOPD, que es basa precisament en què les dades objecte de comunicació tenen aquesta naturalesa especial. A aquest respecte, l'Ajuntament dissenteix d'aquesta qualificació jurídica per considerar que la menció de baixa per situació d'incapacitat no pot considerar-se com una dada de salut en els termes previstos a la LOPD. Per justificar-ho invoca l'article 33 en relació amb l'article 30.1 d) del Reial decret 1732/1994, i afegeix que l'únic que es va fer és substituir la menció de malaltia per situació de baixa per incapacitat temporal, menció que al seu entendre, no és una dada de salut en els termes de la LOPD.

Doncs bé, el primer que cal dir al respecte és que per al cas hipotètic d'admetre que la dada esmentada no es referia a la salut, això no impediria la qualificació dels fets com a constitutius d'infracció prevista a la LOPD, i en concret la tipificada com a greu a l'art. 44.3.k LOPD.

Quant als preceptes reglamentaris mencionats per l'Ajuntament, és evident que no habiliten la publicació en diaris oficials de dades de salut, ja que únicament preveuen la possibilitat que

es pugui nomenar provisionalment i/o accidentalment a un funcionari per tal que ocupi un lloc vacant o bé, un lloc en el qual el titular de la plaça estigui immers en alguna de les circumstàncies que s'assenyalen en el dit precepte, entre les quals hi figura la malaltia.

En qualsevol cas, no es pot convenir amb l'Ajuntament que la dada referent a la situació d'incapacitat temporal no tingui la consideració de dada de salut en els termes previstos a la LOPD i en conseqüència, també en el tipus infractor imputat en aquest procediment sancionador, i això per les raons que s'exposaran a continuació. En primer lloc, és oportú assenyalar que la voluntat del legislador de la LOPD al regular les "dades de salut", fou la d'aplicar el sistema més elevat de protecció per aquest conjunt de dades de caràcter personal. Per aquest motiu, es troben regulades a l'article 7, sota el títol "Dades especialment protegides", concretament al seu apartat tercer, que disposa: "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."

A partir d'aquí, el RLOPD ha concretat en l'article 5.1.g) la definició del concepte "Dades de caràcter personal relacionades amb la salut", com "les informacions que concerneixen la salut passada, present i futura, física o mental, d'un individu. En particular, es consideren dades relacionades amb la salut de les persones les referides al seu percentatge de discapacitat i a la seva informació genètica".

A l'anterior cal afegir que la concepció àmplia del concepte dada de salut, es fa palesa tant en el punt 45 de la Memòria del Conveni 108 del Consell d'Europa, com en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees. Aquestes circumstàncies es posen de manifest a la Sentència de l'Audiència Nacional de 17/12/08, que en el seu fonament quart, recull les consideracions dels organismes abans esmentats quan defineixen el concepte relatiu a les dades de salut: "En cuanto a que se entiende por datos de salud, que la LOPD no define, es el apartado 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa, el que indica que su concepto abarca "las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo", pudiendo tratarse de informaciones sobre un individuo de buena salud, enfermo o fallecido" añadiendo que "debe entenderse que estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas."

Se trata de un concepto amplio, según la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Pleno, de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/2001 (Caso Lindqvist), en la que se razona que la indicación, en una pagina web de Internet, de que una persona se ha lesionado un pie y está en situación de baja parcial constituye un dato personal relativo a la salud, empleada por la Directiva 95/46/CE, debe ser interpretada de forma amplia, que comprenda la información relativa a los aspectos físicos y psíquicos de la salud de una persona.

La SAN, Sec.1ª, de 27-04-2005 (Rec. 305/2003) considera, por ejemplo, que el porcentaje sobre discapacidad es un dato relativo a la salud y ello porque cualquier forma de discapacidad conlleva, en si misma, una minusvalía ó una disfunción en el órgano del cuerpo afectado.(...)"

En definitiva, que el concepte “*dada de salut*” es refereix a qualsevol tipus d’informació que incorpori algun element vinculat a la salut, i en aquest sentit, la situació d’incapacitat temporal deriva precisament de circumstàncies vinculades a la salut de la persona, tal com s’infereix clarament del concepte d’incapacitat temporal previst expressament a l’article 128.1 del Reial Decret Legislatiu 1/1994, de 20 de juny, pel qual s’aprova el Text Refós de la Llei General de Seguretat Social: “*Tenen la consideració de situacions determinants d’incapacitat temporal: a) Les degudes a malaltia comuna o professional i accident, sigui o no de treball, mentre el treballador rebí assistència sanitària de la Seguretat Social i estigui impedit per al treball, amb una durada màxima de tres-cents seixanta-cinc dies, prorrogables per cent vuitanta dies més quan es presumeixi que durant aquests el treballador pot ser donat d’alta mèdica per curació.(...)*”

D’acord amb l’anterior, és evident que la menció a la situació de “IT”, vinculada a una persona identificada, porta inherent una sèrie d’informació que concerneix a l’estat de salut de la persona i en conseqüència, d’acord amb la definició prevista a l’article 5 del RLOPD, aquesta s’ha de considerar com una dada de salut.

Cap al final de l’al·legació tercera, després de les consideracions que s’han vist sobre la qualificació com a dada de salut, l’Ajuntament afegeix que no seria d’aplicació al cas l’art. 59.2 LRJPAC a la notificació del Decret controvertit, per tractar-se d’un procediment que no s’havia iniciat a instància de l’interessat, circumstància que porta a l’Ajuntament a afirmar que “*no havia d’intentar notificar-lo directament a ell de forma prioritària, i, per tant, estava habilitat i legitimat per fer aquestes comunicacions directament al BOPB i al DOGC*”. Doncs bé, aquesta Autoritat de cap manera no pot compartir aquesta afirmació, ja que tal com s’ha avançat a l’apartat 2.2 d’aquest fonament de dret, l’article 58.1 LRJPAC exigeix la notificació als afectats dels actes administratius que els afecten, tant els dictats en procediments iniciats d’ofici com a instància de part, i a aquest efecte determina que s’han de complir tots els requisits previstos a l’article 59 LRJPAC, en la seva integritat.

Com s’ha vist ja en el punt 2.2 d’aquest fonament, la doctrina jurisprudencial considera aplicable l’art. 59.2 LRJPAC també als procediments iniciats d’ofici. En qualsevol cas, no és objecte de discussió aquí quin era el lloc al qual s’havia de dirigir la notificació en primer terme, que és allò al que es refereix el primer apartat de l’art. 59.2 LRJPAC, sinó si resultava lícit acudir a la notificació per edictes prevista a l’art. 59.5 LRJPAC, per no haver-se pogut efectuar els intents de notificació personal segons el previst al segon paràgraf de l’art. 59.2 LRJPAC, el qual exigeix que com a mínim s’hagin practicat dos intents de notificació, i dels quals òbviament s’ha de conèixer el seu resultat infructuós.

En definitiva, les raons exposades porten a desestimar aquesta al·legació, i a reiterar la qualificació dels fets efectuada per la instructora en la proposta de resolució.

Tercer.- En relació al fet descrit a l’apartat de fets provats, tal com indicava la persona instructora, l’article 44.4b) de la LOPD, en la seva redacció donada per la Llei 2/2011, de 4 de març, d’economia sostenible, tipifica com a infracció de caràcter molt greu:

“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.”

En relació amb aquest tipus infractor, l'article 7.3 de la LOPD, disposa 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.”

I pel que fa a la resta de dades personals difoses amb les diferents publicacions electròniques, l'article 11.1 de la LOPD determina que:

“1. Les dades de caràcter personal objecte del tractament només poden ser comunicades a un tercer per al compliment de finalitats directament relacionades amb les funcions legítimes del cedent i del cessionari amb el consentiment previ de l'interessat”.

Doncs bé, com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució, durant la tramitació d'aquest procediment ha quedat acreditat que l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona va difondre diverses dades personals -a través de les edicions electròniques del BOPB de (...) i DOGC de (...) - al publicar el contingut íntegre del Decret d'Alcaldia núm. (...), el qual -com s'ha vist anteriorment- incloïa diverses dades personals, algunes d'elles referents a la salut i per tant especialment protegides (art. 7.3 de la LOPD), per incloure la informació referent a la situació de baixa per IT. La difusió d'aquestes dades personals es va efectuar sense disposar del consentiment de les persones titulars d'aquestes dades i sense la concurrència d'habilitació legal que emparés la comunicació de les dades personals que es van incloure en les publicacions referides.

D'acord amb el que s'ha exposat, es considera acreditat que l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona ha comès una infracció tipificada com a molt greu a l'article 44.4 b) en relació amb l'article 7.3 i 11.1, tots de la LOPD.

Quart.- Una vegada assentat que es van publicar tant dades personals relatives a la salut com d'altres dades personals i que no existia habilitació legal que emparés la dita publicació, la qual cosa és constitutiva de la infracció molt greu esmentada, no és del tot sobrer afegir que fins i tot en el supòsit que la notificació per via d'edictes hagués complert amb els requisits establerts a l'article 59 LRJPAC, caldria tenir en compte el principi de qualitat de les dades regulat a l'article 4 de la LOPD.

L'article 4 de la LOPD quan regula el principi de qualitat de les dades -en la seva vessant de proporcionalitat- disposa que: *“1. Les dades de caràcter personal només es poden recollir per ser tractades, així com sotmetre-les a aquest tractament, quan siguin adequades, pertinents i no excessives en relació amb l'àmbit i les finalitats determinades, explícites i legítimes per a les quals s'han obtingut.”*

Aquest principi s'aplica a les diferents fases del tractament de dades de caràcter personal, és a dir, tant en el moment de la recollida de les dades i emmagatzematge d'aquestes, com a

qualsevol posterior ús que se'n faci. Així doncs, el precepte esmentat consagra el principi de pertinència o limitació en el tractament de les dades de caràcter personal, principi que impedeix el tractament d'aquelles dades quan no siguin necessàries o proporcionades a la finalitat que justifica el tractament, i d'acord amb el qual s'haurà de limitar el tractament de dades excessives o bé s'haurà de procedir a la seva supressió.

De l'aplicació d'aquest principi s'infereix que només s'han de publicar aquelles dades personals estrictament necessàries per aconseguir la finalitat prestesa amb la publicació. A aquest respecte, es considera que la publicació de nom i cognoms més el DNI de les persones –amb totes les xifres- es podrien jutjar excessives, atenent a la finalitat de la seva publicació, ja que per a la identificació de cadascuna de les persones destinatàries del acte administratiu era suficient fer-hi constar només el nom i cognoms. I encara més excessiva s'hauria de considerar la publicació de la dada referent al fet que la persona cessada estava en situació d'incapacitat permanent.

Al respecte, convé recordar que davant qualsevol publicació de dades personals, s'hauria de tenir present allò que determina l'article 61 de la LRJPAC, segons el qual: *"Si l'òrgan competent aprecia que la notificació per mitjà d'anuncis o la publicació d'un acte lesiona drets o interessos legítims, s'ha de limitar a publicar en el diari oficial que correspongui una indicació sumària del contingut de l'acte i del lloc on les persones interessades poden comparèixer, en el termini que s'estableixi, per a conèixer el contingut íntegre de l'acte esmentat i perquè quedi constància d'aquest coneixement."*

Cinquè.- L'article 21 de la Llei 32/2010, 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'aquesta facultat que, tal com indicava la persona instructora en la seva proposta de resolució, és procedent requerir a l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona per tal que al més aviat possible, i com a màxim en el termini de 10 dies a partir de l'endemà de la notificació d'aquesta resolució, dugui a terme els tràmits pertinents davant els ens gestors del BOPB i el DOGC, a fi d'evitar que es pugui accedir al contingut íntegre del Decret d'Alcaldia núm. (...) en les publicacions de dates (...) i (...).

Un cop s'hagi adoptat la mesura correctora descrita en el termini assenyalat a l'efecte, en el termini dels 10 dies següents l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona haurà de donar-ne compte a l'Autoritat.

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.- Declarar que l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona ha comès una infracció molt greu prevista a l'article 44.4b) en relació amb l'article 7.3 i 11.1, tots ells de la LOPD.

Segon.- Requerir l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona per tal que adopti les mesures correctores assenyalades al fonament de dret cinquè, i acrediti davant aquesta Autoritat les actuacions dutes a terme a l'efecte de donar compliment.

Tercer.- Notificar aquesta resolució a l'Ajuntament de Sant Quintí de Mediona.

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

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

La directora,

Maria Àngels Barbarà i Fondevila

Barcelona, 13 de setembre de 2012