

## RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. 35/2009, referent a l'Empresa Mixta de Serveis Fúnebres Municipals de Tarragona, S.A.

### Antecedents

**Primer.-** En data 21/07/09 es va rebre a l'Agència Catalana de Protecció de Dades una denúncia formulada contra la societat Empresa Mixta de Serveis Fúnebres Municipals de Tarragona, S.A (en endavant, la societat), per un presumpte incompliment de la Llei orgànica 15/99, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD).

La persona denunciant exposava al seu escrit que el Diari XXX -secció "Defuncions"-, havia publicat en data xx/xx/09 les seves dades personals, en concret el seu nom i cognoms, en relació a la incineració de la seva filla, sense comptar amb el seu consentiment.

**Segon.-** L'Agència va obrir una fase d'informació prèvia (expedient núm. 82/2009) 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.

**Tercer.-** En el si d'aquesta fase d'investigació, l'Agència va requerir a la societat, mitjançant escrit de data 28/07/09 (notificat el 30/07/09), perquè informés en relació als fets denunciats i, en concret, sobre si la societat tenia com a pràctica habitual facilitar als mitjans de comunicació locals –entre ells el Diari XXX- la relació de les persones difuntes, així com en quines circumstàncies es comunicarien dades relatives a familiars d'aquestes.

**Quart.-** La societat, mitjançant escrit rebut en aquesta Agència l'11/08/09, va contestar el requeriment exposant el següent:

- Que la societat té per costum facilitar als tres diaris locals exclusivament el nom i l'edat de les persones difuntes, sense especificar si seran incinerades o enterrades.

- Pel que fa al cas concret denunciat, reconeixia que havia estat *"un error humà que va cometre una de les empleades de contractació, al no filtrar que l'esser difunt era un fetus hembra que, al no tenir nom, es va identificar amb el nom de la seva mare"*.

**Cinquè.-** En data 30/10/09 es va requerir a la societat, per tal que aportés determinada documentació amb la finalitat de poder determinar la competència de l'Agència Catalana de Protecció de Dades.

Aquest requeriment fou complimentat mitjançant escrit de data 2/11/09, en el qual s'informava que l'accionista majoritari –amb un 51% del capital social- de la Societat denunciada era l'Ajuntament de Tarragona.

**Sisè.-** En data 11/11/09, la directora de l'Agència Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra la societat per la presumpta comissió d'una infracció molt greu prevista a l'article 44.4.b) de la LOPD, en relació amb l'article 11 del mateix cos legal. Així mateix, en l'acord d'inici es va nomenar instructora de l'expedient a la funcionària de l'Agència

Catalana de Protecció de Dades, XXX. Aquest acord d'inici es va notificar, juntament amb el plec de càrrecs, a l'entitat imputada i a la persona denunciant els dies 18/11/09 i 19/11/09, respectivament.

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 convenientes per a la defensa dels seus interessos.

**Sisè.-** Per mitjà d'escrit rebut a l'Agència el 3/12/09, l'entitat imputada va formular al·legacions a l'Acord d'Inici i al plec de càrrecs, sense proposar la pràctica de cap prova. Aquestes al·legacions es van analitzar a l'apartat segon dels Fonaments de Dret de la proposta de resolució.

La persona denunciant no va formular al·legacions ni va proposar proves dins del termini concedit a l'efecte.

**Setè.-** En data 25/02/10 es va dictar la proposta de resolució corresponent per part de la instructora d'aquest procediment. Aquesta proposta va ser notificada a la societat i a la persona denunciant el dia 01/03/10. 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 convenientes.

**Vuitè.-** Davant la proposta de resolució, la societat ha presentat al·legacions mitjançant escrit rebut a aquesta Agència en data 17/03/10. Aquestes al·legacions es resolen de forma motivada a l'apartat tercer dels Fonaments de Dret d'aquesta resolució.

Pel que fa a la persona denunciant, no ha formulat al·legacions a la proposta de resolució en el termini concedit a l'efecte.

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.-** El dia xx/xx/09 el Diari XXX -secció "*Defuncions*"-, va publicar les dades personals de la persona denunciant, en concret el seu nom i cognoms, en relació a la mort de la seva filla.

**Segon.-** Tot i que la pràctica habitual de l'Empresa Mixta de Serveis Fúnebres Municipals de Tarragona, S.A. és la de facilitar als tres diaris locals exclusivament el nom i l'edat de les persones difuntes, sense especificar si seran incinerades o enterrades, en el cas concret denunciat, reconeixia que havia cedit al Diari XXX les dades de la mare de la persona finada, matisant que havia estat "*un error humà que va cometre una de les empleades de contractació, al no filtrar que l'esser difunt era un fetus hembra que, al no tenir nom, es va identificar amb el nom de la seva mare*".

**Tercer.-** No consta en aquestes actuacions que l'Empresa Mixta de Serveis Fúnebres Municipals de Tarragona, S.A. recavés el consentiment de la persona afectada per comunicar les seves dades personals al mitjà de comunicació que les va publicar.

**Quart.-** El responsable del fitxer de titularitat privada "Gespro", que contenia les dades personals objecte d'aquest procediment, és l'entitat Empresa Mixta de Serveis Fúnebres de Tarragona S.A. L'esmentat fitxer figura inscrit al Registre General de Protecció de Dades i fou declarat amb la finalitat de "*poder efectuar los trámites correspondientes a la gestión de clientes y proveedores propios de su actividad*".

### 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 d'acord amb l'article 17 de la Llei 5/2002, de 19 d'abril, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades i el Títol VII de la LOPD. És competent per resoldre aquest procediment sancionador, la directora de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, de conformitat amb l'article 15 del Decret 278/1993, l'article 5 de la Llei 5/2002, de 19/04, de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, i l'article 15 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades.

**Segon.-** En el curs d'aquest procediment sancionador, la societat va formular al·legacions davant el plec de càrrecs, que ja foren analitzades en la proposta de resolució formulada per la instructora, si bé es considera procedent fer-hi una breu menció en la present resolució, sobretot tenint en compte que en l'escrit d'al·legacions formulat per la societat davant la proposta, es reitera en totes i cadascuna de les al·legacions formulades davant el plec de càrrecs.

1.- En el primer apartat de l'escrit d'al·legacions formulades al plec de càrrecs, la societat adduïa dues qüestions:

1.1.- Per una banda, asseverava que "*en els fets imputats, s'afirma literalment que l'empresa que represento podria haver comunicat un dia indeterminat les dades personals d'una persona. És a dir, que en el plec de càrrecs, no s'afirma que l'empresa hagi comunicat res; no s'assegura quan i com (la cessió) s'ha produït (...)*".

Tal com ja va manifestar la instructora en la proposta de resolució, amb aquesta afirmació es podria deduir que l'entitat imputada consideraria que en aquest procediment s'hauria vulnerat el dret del presumpte infractor a ser informat de l'acusació formulada, dret reconegut a l'article 135 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú.

El Tribunal Constitucional, en la seva sentència de 19/06/95, ha definit aquest dret en els següents termes: "*el contenido esencial del derecho constitucional a ser informado de la acusación se refiere a los hechos considerados punibles que se imputan al acusado*".

Doncs bé, tal com ja va fonamentar la instructora del procediment a la proposta de resolució, s'ha de considerar que durant aquest procediment s'ha complert escrupolosament amb el dret de la societat a conèixer els fets que van motivar la incoació d'aquest procediment, de

conformitat amb la normativa i el criteri jurisprudencial exposats abans, i amb cita de més sentències en la proposta de resolució.

És cert que, tal com sostenia la societat en el seu primer escrit d'al·legacions, en l'apartat "fets imputats" del plec de càrrecs s'utilitzà la forma condicional "podria" (haver comunicat). La utilització del temps condicional, tal com es va assenyalar a la proposta de resolució, obeeix a que en aquell moment inicial del procediment, per respecte al dret a la presumpció d'innocència, encara no és possible asseverar que s'ha produït un fet, sinó que tal afirmació només es podrà efectuar després dels actes d'instrucció pertinents. També és cert que, tal com manifestava l'entitat imputada, en el plec de càrrecs no s'especificava el dia concret en què la cessió del nom de la persona afectada es va produir, però sí que s'acotava el període en el qual la dita cessió s'hauria efectuat (*"entre el xx/xx/2009 i el xx/xx/2009"*). I és aquesta acotació temporal suficient per tal que la societat situï en el temps els fets que se l'imputen i pugui d'aquesta manera desplegar el seu dret de defensa. Per acabar, també cal assenyalar que al plec de càrrecs s'especificava quina va ser la dada cedida: *"dades personals (nom i cognoms) d'una persona, la filla de la qual havien incinerat (...)"*.

És per tot l'anterior que s'ha de concloure que el dret de l'entitat imputada a ser informada de l'acusació formulada, per tal que pogués exercir el seu dret de defensa, ha estat respectat totalment i absolutament al llarg de tot aquest procediment sancionador.

1.2. També en aquest primer apartat de l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, la societat esgrimia que en la difusió de la notícia (s'entén que la notícia és la publicació de les dades de les persones difuntes) *es va cometre un "simple error d'identitat"*.

En relació a aquesta afirmació, cal dir que, tal com va posar de manifest la instructora del procediment, aquest "error" –consistent en publicar dades d'una persona viva i no difunta– resulta del tot fonamental pel que fa a l'aplicació de la normativa de protecció de dades. En efecte, de conformitat amb l'article 2.4 del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la LOPD, l'àmbit objectiu de la citada normativa no s'estén a les dades referides a persones difuntes. En el cas que aquí ens ocupa, el referit "error" va consistir en la cessió a un mitjà de comunicació de les dades d'una persona viva (la mare de la persona finada) en comptes de les dades personals relatives a la persona difunta; per tant, és un error del tot transcendental, atès que la comunicació de les dades de la persona aquí denunciada, sense comptar amb el seu consentiment i sense habilitació legal que l'empari, és una actuació contrària a la normativa de protecció de dades. Per contra, la cessió de dades personals de persones difuntes no hauria suposat cap infracció, tota vegada que la protecció d'aquestes dades no entraria dins l'àmbit objectiu d'aplicació de la dita normativa.

2.- En el segon apartat de l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, la societat invocava la vulneració del principi de tipicitat.

Aquest principi, reconegut expressament a l'article 129 de la Llei 30/1992, exigeix que el ciutadà pugui conèixer amb antelació i amb el suficient grau de certesa les conductes prohibides i preveure, així, les conseqüències de les seves accions (STC 218/2005).

Tal com es va exposar a la proposta de resolució, i per al cas que aquí ens ocupa, de l'anàlisi conjunt dels articles 44.4.b), 3.i) i 11 de la LOPD, el responsable del fitxer o tractament pot

conèixer amb antelació quines són les “conductes típiques”, és a dir, aquells comportaments no permesos per la normativa en relació a la comunicació o cessió de dades personals.

En virtut de l'anterior, cal dir que aquest principi s'ha complert de forma escrupolosa en aquest procediment. En primer lloc, perquè en el plec de càrrecs es descrivia en l'apartat “fets imputats” la conducta típica, és a dir, aquella en què s'aprecia una identitat entre els seus components fàctics i els descrits en abstracte per la norma jurídica sancionadora. I, en segon lloc, perquè en el mateix plec de càrrecs, no només s'indicaven els preceptes aplicables (arts. 44.4.b i 11 de la LOPD) sinó que es transcrivien. Així doncs, cal assenyalar que, en base al què s'explicitava al plec de càrrecs, la societat va conèixer la conducta típica que se li atribuïa i els preceptes de la LOPD que, presumptament, hauria vulnerat, donant-se compliment així al principi de tipicitat.

3.- Quant al tercer apartat de l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, la societat invocava allò que disposa la Llei 2/1997, de 3 de abril, sobre Servicios Funerarios, així com el que estableix l'article 14.1.f) del Decret 209/1999, de 27 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament que regula amb caràcter supletori els serveis funeraris municipals, en relació a l'aplicació dels costums locals en la prestació de serveis complementaris per part de les entitats prestadores de serveis funeraris, i en concret, en allò referent a “*la comunicació d'una mort*”.

Com ja va assenyalar la instructora del procediment a la proposta de resolució, aquesta al·legació no es pot acceptar.

Primerament, resulta necessari reiterar un fet, davant la insistència de l'entitat imputada en obviar-lo, com és que la publicació que s'imputa es refereix a una dada concernent a una persona viva. I pel que fa a la invocació del costum local, fins i tot en el cas que l'entitat imputada hagués provat l'existència d'aquest costum local consistent en la publicació de les dades de persones emparentades amb la persona finada sense comptar amb el seu consentiment, aquesta pràctica seria contrària a la LOPD i, d'acord amb la doctrina i jurisprudència consolidada, el costum *contra legem* és del tot inacceptable en Dret.

A l'últim, la societat sostenia que no s'hauria vulnerat la normativa de protecció de dades, atès que “*es comunica un fet i no una dada*”.

Pel que fa a aquesta afirmació, cal dir que l'evidència dels fets la desmenteixen de forma categòrica. Com ja va assenyalar la instructora a la proposta de resolució, és cert que es comunica un fet (la mort d'una persona), però és indiscutible que juntament amb aquest fet es revela una informació relativa a una persona (nom i cognoms de la persona denunciante, així com la circumstància de la mort i incineració de la seva filla); informació aquesta que ha de ser considerada com una dada de caràcter personal, de conformitat amb la definició prevista a l'article 3.a) de la LOPD. Tractant-se, doncs, de dades de caràcter personal, la persona afectada mereix tota la protecció prevista a la LOPD.

És per tot el que s'ha exposat fins aquí que les al·legacions formulades davant el plec de càrrecs per part de la societat, no podien prosperar, atès que no desvirtuaven els fets imputats, tal com s'exposava en la proposta de resolució formulada per la instructora, que fou notificada a les parts en compliment del tràmit d'audiència.

**Tercer.-** Procedeix abordar seguidament les al·legacions formulades per l'entitat imputada davant la proposta de resolució.

1.- En la primera al·legació formulada, tal com ja s'ha avançat la societat reitera totes i cadascuna de les al·legacions formulades davant al plec de càrrecs. A aquest respecte, és dóna per reproduïda tota la fonamentació efectuada per la instructora en la proposta de resolució –i que ha estat recollida de forma sintètica en el fonament de dret segon d'aquesta resolució- per concloure que les dites al·legacions no desvirtuen en cap cas els fets imputats en aquest procediment sancionador, i que, per tant, no poden prosperar.

2.- En el segon apartat de l'escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, la societat no addueix pròpiament una al·legació, sinó que es limita a sol·licitar que a la resolució d'aquest procediment es facin constar els fets considerats provats en idèntics termes que a la proposta de resolució. A aquest respecte, com es pot comprovar, a l'apartat "Fets Provats" d'aquesta resolució no hi figuren fets diferents als que es contenien en la proposta de resolució dictada per la instructora del procediment, i això de conformitat amb els articles 138.2 de la Llei 30/1992 i 15.2 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat.

3.- En la tercera al·legació a la proposta de resolució, l'entitat imputada planteja, en primer lloc, *"la inadmissible inaplicació del principi de culpabilitat per part de la instructora del procediment"* a la proposta de resolució.

En primer lloc cal dir que la instructora d'aquest procediment va contestar a la proposta de resolució totes i cadascuna de les al·legacions formulades per l'entitat imputada. Pel que fa a l'afirmació de la societat, en el sentit que no es va abordar la qüestió relativa a la culpabilitat, cal assenyalar el següent: A l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, l'entitat imputada només al final del mateix va fer menció expressa al principi de culpabilitat, i ho va fer, a més, de forma merament enunciativa. En altres paraules, al llarg del dit escrit d'al·legacions no s'adverteix cap argumentació tendent a justificar el perquè l'entitat imputada considera que, en aquest cas, es donaria una manca total de culpabilitat en la seva conducta, la qual cosa comportaria, al seu torn, la no imputació d'infracció administrativa. És cert que la societat esgrimí, en el seu escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, que havia comés un error consistent en haver comunicat al diari les dades relatives a la progenitora de la persona difunta –al·legació a la que es va donar complida resposta-, però cal assenyalar que l'entitat imputada no va invocar que la comissió d'aquest error s'hagués de considerar com una circumstància eximent de la seva responsabilitat. En definitiva, a la proposta de resolució la instructora no va tractar aquesta qüestió específicament, atès que la seva simple menció no anava acompanyada de la deguda fonamentació jurídica.

En qualsevol cas, cal deixar palès que, tal com reconeix expressament la societat en aquest escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, la instructora va tenir en consideració la manca d'intencionalitat en la conducta del responsable del fitxer –és a dir, una disminució de la culpabilitat - per tal de graduar la sanció econòmica que proposava imposar.

Seguidament, l'entitat imputada exposa, ara sí, que *"en aquest expedient no es tracta d'una responsabilitat objectiva, sinó que es exigible la culpabilitat i per això el possible error té una*

*influència transcendental doncs la vulneració de la protecció de dades requereix inexcusablement el dolo”.*

Pel que fa a la primera part d'aquesta manifestació, té raó la societat imputada en el sentit que en dret administratiu sancionador és exigible l'element culpabilístic, cosa que seria incompatible amb un règim de responsabilitat objectiva, i així ho ha declarat la doctrina jurisprudencial tant del Tribunal Suprem com del Tribunal Constitucional.

Ara bé, aquesta Agència no pot compartir en absolut el criteri de la societat quan sosté que és exigible inexcusablement el “*dolo*” com element de la infracció de la normativa de protecció de dades. En aquest sentit cal assenyalar que, conforme al règim general de la culpabilitat en les infraccions administratives (art. 130 llei 30/1992), i en particular en la matèria de protecció de dades, es pot incórrer en responsabilitat infractora tant de forma intencionada o dolosa, com per negligència o a títol de simple inobservança. En aquesta línia existeix jurisprudència abundant, i a tall d'exemple es cita la SAN de 08/10/2003:

*“Por tanto, en contra de lo ordenado en el art. 11.1 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, la entidad recurrente, comunicó a un tercero datos de carácter personal sin el consentimiento del afectado, sin concurrir las causas establecidas en apartado 2 de dicho artículo para que no se precise del consentimiento, y sin que su conducta se encuentre amparada en el art. 12 de la misma Ley.*

*SEXTO*

*Por lo que afecta a la culpabilidad, ha de decirse que generalmente este tipo de conductas no tienen un componente doloso, y la mayoría de ellas se producen sin malicia o intencionalidad. Basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia para evitar, como en el caso que nos ocupa, un tratamiento de datos personales sin consentimiento de la persona afectada, lo que denota una falta evidente en la observancia de esos deberes que conculcan claramente los principios y garantías establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, concretamente el del consentimiento del afectado”.*

En definitiva, és necessari que en la conducta que s'imputa concorri l'element de la culpabilitat, això és, que els fets s'hagin produït per dol, culpa o negligència. És a dir, per tal que existeixi culpabilitat no és necessari que els fets s'hagin produït amb dol, sinó que és suficient que hagi intervingut negligència o simple inobservança del deure de cura.

A continuació l'entitat imputada al·lega que, per al cas que es considerés que en aquest supòsit ens trobem davant d'un cas d'infracció culposa, serien d'aplicació els principis penals, per la qual cosa l'observança de qualsevol tipus d'error (de tipus, de prohibició, interpretació...) “*empararia l'actuació de l'empresa*”.

En primer lloc, cal assenyalar que la STC 76/1990 –entre d'altres- reconeix que la recepció dels principis constitucionals de l'ordre penal en el dret administratiu sancionador no pot fer-se mecànicament i sense matisos, això és, sense ponderar els aspectes que diferencien a un i altre sector de l'ordenament jurídic. Partint, doncs, d'aquesta premissa, cal analitzar els efectes que la concurrència de l'error té en l'apreciació o no de responsabilitat. Aquests efectes es poden resumir en dos regles generals:

- i) L'error essencial i invencible exclou el dol i la culpa i, consegüentment, la responsabilitat.
- ii) L'error essencial però vencible, exclou sempre el dol però no la culpa, doncs en tal cas mancaria la deguda diligència.

Així doncs, per tal que l'error sigui rellevant i pugui ser apreciat com a causa d'exclusió de la culpabilitat és necessari que aquest sigui invencible, que no hagi pogut evitar-se tot i posant una especial cura, i si es podia evitar, en tal cas es considera que l'error és conseqüència de la manca de diligència.

Pel que fa aquesta qüestió, cal assenyalar que els depositaris de dades de caràcter personal, especialment quan es tracta d'empreses habituades a la gestió de dades de caràcter personal, han de ser especialment diligents i curosos en el tractament de les dites dades. Així, en el present cas, és evident que les empreses dedicades a serveis funeraris gestionen contínuament dades de caràcter personal i que ho fan, a més, en un context especialment delicat per les persones que sol·liciten els seus serveis; és per això que el grau de diligència que han d'observar a l'hora de tractar dades de caràcter personal ha de ser especialment notable. A més a més, en el cas concret de la societat aquí imputada, no pot obviar-se el fet que el volum de les dades personals que gestiona ha de ser certament considerable, atès que presta els seus serveis en una gran població. Consegüentment amb això, no es pot invocar un presumpte desconeixement de la normativa en protecció de dades per eludir la seva responsabilitat, ja que l'obligació de tota entitat que opera amb dades de caràcter personal és conèixer la legislació aplicable al tractament d'aquestes, i més quan la magnitud de les dades gestionades en els seus fitxers és elevada.

En definitiva, l'error no opera en casos com el que aquí s'analitza, en els que s'evidencia una manca clara de la diligència exigible, raó per la qual no pot prosperar l'al·legació formulada. Qüestió diferent és que l'existència o no d'intencionalitat en la conducta sigui un criteri que permeti graduar la sanció econòmica, per aplicació del principi de proporcionalitat, cosa que, com després es veurà, s'ha tingut en consideració en el cas que aquí es dirimeix.

4.- A la quarta al·legació a la proposta de resolució, l'entitat imputada torna a insistir en allò que ja va invocar en el primer punt de l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, això és, que la utilització d'un temps verbal condicional ("podria haver comés...") -a l'apartat "fets imputats" del plec de càrrecs- constitueix un defecte bàsic "*ja que la imputació ha de ser concreta, sense perjudici de la seva modificació posterior a la vista de les proves i al·legacions formulades pels interessats*".

En primer lloc, cal deixar palès que la mateixa entitat imputada comet una contradicció evident en la seva argumentació. Per una banda, assevera que utilitzar un verb condicional atemptaria contra el seu dret a conèixer l'acusació formulada; i, per altra banda, s'accepta que aquests fets inicialment imputats poden ser modificats amb posterioritat "*en la proposta a la vista de les proves i al·legacions formulades pels interessats*".

Dit això, el fet és que aquesta qüestió ja va ser analitzada al fonament de dret segon de la proposta de resolució per part de la instructora d'aquest procediment, i ha estat novament abordada al punt 1 del fonament de dret segon d'aquesta resolució, anàlisi que es dóna aquí per íntegrament reproduït.



**Quart.-** L'article 44.4.b) de la LOPD disposa que és una infracció molt greu:

*"La comunicació o la cessió de les dades de caràcter personal, llevat del casos en què estigui permès."*

Per la seva banda, l'article 3.i) de la LOPD defineix la comunicació o cessió de dades com *"qualsevol revelació de dades efectuada a una persona diferent a l'interessat"*.

Relacionat amb l'anterior, l'article 11 de la LOPD estableix que:

*"1. Les dades de caràcter personal objecte de 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.*

2. El consentiment que exigeix l'apartat anterior no és necessari:

a) Quan la cessió està autoritzada en una llei.

b) Quan es tracti de dades recollides de fonts accessibles al públic.

c) Quan el tractament respongui a la lliure i legítima acceptació d'una relació jurídica el desenvolupament, el compliment i el control de la qual impliqui necessàriament la connexió del tractament esmentat amb fitxers de tercers. En aquest cas, la comunicació només és legítima quan es limiti a la finalitat que la justifiqui.

d) Quan la comunicació que s'hagi d'efectuar tingui com a destinatari el defensor del Poble, el ministeri fiscal o els jutges o tribunals o el Tribunal de Comptes, en l'exercici de les funcions que té atribuïdes. Tampoc no cal el consentiment quan la comunicació tingui com a destinatari institucions autonòmiques amb funcions anàlogues al defensor del Poble o al Tribunal de Comptes.

e) Quan la cessió es produeixi entre administracions públiques i tingui com a objecte el tractament posterior de les dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques.

f) Quan la cessió de dades de caràcter personal relatives a la salut sigui necessària per solucionar una urgència que requereixi accedir a un fitxer o per fer els estudis epidemiològics en els termes que estableix la legislació sobre sanitat estatal o autonòmica.

(...)"

El contingut del dret fonamental a la protecció de dades, en paraules del TC en la seva sentència 292/2000, *"consiste 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"*.

De conformitat amb aquesta doctrina constitucional, la sentència de l'Audiència Nacional de 2/02/05, es pronuncia en els termes següents:

*“El derecho fundamental a la protección de datos persigue, en suma, garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino; o dicho de otro modo, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno; mientras que el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Por lo tanto, el objeto del derecho a la protección de datos -de aquí su singularidad- es más amplio que el objeto del derecho a la intimidad, pues entre otras cosas, y en lo que ahora nos interesa, tiene como contenido esencial del mismo, el conferir a la persona afectada el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de usar de los datos a ella referentes. El mismo atribuye a su titular un conjunto de poderes o facultades, que se traducen en auténticos deberes para aquellos que utilizan los datos, y que son, esencialmente: el derecho a que se requiera, con carácter general, el previo consentimiento para la recogida y uso de datos personales; el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de los mismos; y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. Pues solo así se puede garantizar el poder de disposición sobre los datos personales”*

Durant la tramitació d'aquest procediment ha quedat acreditat que la societat, en una data compresa entre el xx/xx/09 i el xx/xx/09, va comunicar les dades de la persona denunciant al Diari XXX, el qual les va publicar en la seva edició del dia xx/xx/09. Així, la societat imputada va revelar al citat mitjà de comunicació el nom i els cognoms de la persona denunciant, així com també altra informació referent a la seva persona, com el fet que havia estat mare, que la seva filla havia mort i la circumstància de la seva incineració. Tota aquesta informació és encabible dins del concepte “*dada de caràcter personal*” definit a l'article 3.a) de la LOPD i, per tant, objecte de protecció per part de la normativa de protecció de dades.

Aquesta comunicació a tercers de les dades relatives a la persona denunciant constitueix una cessió o comunicació de dades de caràcter personal encabible en l'article 11 de la LOPD. Per tant, aquesta comunicació de dades de caràcter personal només es podria considerar legítima si es compta amb el consentiment de la persona afectada, o bé ho autoritza una norma amb rang de llei.

Respecte a la prestació d'aquest consentiment per part de la persona afectada, ni durant les actuacions efectuades durant la informació prèvia, ni un cop incoat el present procediment no s'ha acreditat la seva existència. Ans al contrari, la pròpia denúncia mostra la disconformitat respecte a la cessió de les seves dades personals. Tampoc no hi ha cap norma amb rang de llei que autoritzi la comunicació de les dades en el cas que aquí ens ocupa.

En definitiva, i en base al que s'ha exposat fins aquí, es considera acreditat que l'Empresa Mixta de Serveis Fúnebres Municipals de Tarragona, S.A. va comunicar a tercers –el Diari XXX- les dades de caràcter personal relatives a la persona denunciant sense comptar amb el seu consentiment, motiu pel qual s'ha comès la infracció tipificada com a molt greu a l'article 44.4.b) de la LOPD, en relació amb l'article 11 del mateix cos legal.

**Cinquè.-** L'article 45.1 de la LOPD preveu per a les infraccions de caràcter molt greu, una sanció de multa de 300.506,05.- euros fins a 601.012,10.- euros

D'altra banda, l'apartat 5 del mateix precepte determina el següent:

*“Si, pel que fa a les circumstàncies concurrents, s’aprecia una disminució qualificada de la culpabilitat de l’imputat o de l’antijuridicitat del fet, l’òrgan sancionador ha d’establir la quantitat de la sanció aplicant l’escala relativa a la classe d’infraccions que precedeixi immediatament en gravetat a aquella en què s’integra la considerada en el cas de què es tracti”.*

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 hagi resultat acreditada la concurrència de circumstàncies que permetin apreciar una qualificada disminució de la culpabilitat de la persona imputada o de l’antijuridicitat del fet.

Es comparteix en aquest punt el criteri de la instructora d’aquest procediment, en el sentit de considerar que concorre en aquest cas una disminució qualificada de la culpabilitat de l’entitat imputada, en base al següent: en primer lloc, ens trobaríem davant d’una infracció culposa i no dolosa, tota vegada que la referida comunicació va ser fruit de no controlar amb la diligència necessària quines dades havien de ser comunicades a tercers. En segon lloc, la societat va dur a terme la conducta reprovada en el present procediment amb el convenciment que actuava conforme als costums locals, encara que no va tenir en consideració que tals costums –en cas d’existir- serien contraris a l’ordenament jurídic positiu i, per tant, no aplicables. A l’últim, també s’ha de prendre en consideració la no apreciació de reincidència en la conducta infractora. És per tot l’anterior que resulta pertinent apreciar l’existència d’una qualificada disminució de la culpabilitat que constitueix un dels pressupòsits per estimar l’aplicació del article 45.5 de la LOPD.

D’altra banda, i pel que fa a la graduació de les sancions que estableix l’article 45.4 de la LOPD, de conformitat amb el principi de proporcionalitat consagrat a l’article 131 de la Llei 30/1992, s’accepta la proposta de la instructora en el sentit d’imposar la sanció en la seva quantia mínima, en base al següent: el volum dels tractaments efectuats ha estat mínim –només s’han comunicat les dades relatives a una persona, la denunciant-, absència de beneficis obtinguts per part de l’entitat imputada arran la seva conducta, falta d’intencionalitat en la infracció comesa i, per acabar, tampoc no s’aprecia la circumstància de reincidència.

**Sisè.-** Fent ús de les facultats que em confereixen l’article 13 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 la societat Empresa Mixta de Serveis Fúnebres Municipals de Tarragona, S.A la sanció consistent en una multa de 60.101,21 €, com a responsable d’una infracció molt greu prevista a l’article 44.4.b) en relació amb l’article 11, ambdós de la LOPD, i tenint en compte el previst a l’article 45.5 de la LOPD.

**Segon.-** Notificar aquesta resolució a l’Empresa Mixta de Serveis Fúnebres Municipals de Tarragona, S.A. i a la persona denunciant.

**Tercer.-** Comunicar aquesta resolució al Síndic de Greuges, de conformitat amb el que preveu l'article 16.4 de la Llei 5/2002, de 19 d'abril, 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.

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 de reposició davant la directora de l'Agència 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, 27 d'abril de 2010