



**Procedimiento N°: A/00051/2011**

**RESOLUCIÓN: R/02508/2011**

En el procedimiento A/00051/2011, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la **EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha de 5/01/2011 tuvo entrada en esta Agencia una denuncia de **A.A.A.**, contra el Ayuntamiento de Málaga, manifestando que en el libro editado por el Ayuntamiento de Málaga "*Historia del Transporte Público Urbano en Málaga 1949/2010*", aparece un carné de transporte que tenía en su época como estudiante. Aporta copia del ejemplar en el que aparece su fotografía, como titular su nombre y apellidos y número del mismo válido hasta curso 98/99. En el literal de la información del libro, en esa página, no hay referencia alguna al carnet de estudiante, ni información referida o relacionada con el mismo.

**SEGUNDO:** Tras la recepción de las denuncias, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1) Se dirigió petición de información sobre los hechos denunciados al Ayuntamiento de Málaga, y con fecha de entrada 1/03/2011, el letrado en nombre y representación de la "EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL", que en modo de gestión directa presta el servicio de transportes en el término municipal de Málaga pide se entiendan con ellos a las actuaciones, al ser la responsable de la publicación de la edición literaria en la que aparecen los datos de identificación y la imagen de la denunciante, añadiendo:

a) La "Empresa Malagueña de Transportes, S.A.M." (en lo sucesivo EMTSAM) fue constituida por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga el 10/09/1984, figurando inscrita debidamente en el Registro Mercantil.

b) Al cumplirse sesenta años de la prestación por parte del Excmo. Ayuntamiento de Málaga del servicio municipal de transporte urbano de viajeros, la " EMTSAM ", acordó celebrar esta efemérides mediante la publicación de una edición literaria titulada "HISTORIA DEL TRANSPORTE PUBLICO URBANO EN MALAGA" en una de cuyas páginas y entre miles de datos históricos recogidos en la obra aparece, como uno más y recogido al azar, la transcripción gráfica del "carnet de estudiante" de la denunciante.

c) Las razones por las cuales se ha publicado el carnet de estudiante de la denunciante en la publicación vienen motivadas por haber sido escogido al azar entre otros para reflejarlo como una "muestra o dato histórico" entre las iniciativas que, a lo largo del tiempo, se han llevado a cabo por parte del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, en este caso el de incentivar el uso del transporte público por el colectivo de estudiantes, facilitándoles la obtención de unos importantes descuentos en el precio de los billetes.

d) La obra se presentó en el Excmo. Ayuntamiento de Málaga en un acto celebrado el día 18/11/2010 y fue difundida de forma gratuita junto con los ejemplares del Diario Sur de Málaga durante los días 4 y 5/12/2010, entre los ciudadanos de Málaga.

e) Aunque no se dispone del consentimiento de la afectada para publicar sus datos, ésta lo prestó tácitamente desde el momento en que una vez utilizado el carnet durante el período de su vigencia, lo entregó o devolvió personal y voluntariamente a la "E.M.T.S.A.M." sin reserva ninguna. El precepto que ampara la publicación es el relativo a su utilización con fines históricos, concretamente el artículo 4 y 11 de la LOPD.



**TERCERO:** Con fecha 18/03/2011 se obtiene del Registro Mercantil la copia de la inscripción de la EMTSAM en la que consta como objeto social "*la gestión, explotación y administración de los servicios públicos de transportes colectivos urbanos, tanto sean de superficie como subterráneos o aéreos, cualquiera que fuere el tipo de vehículo, su medio de tracción*", con un capital suscrito de 10.532.820 €. Según consulta a la base de datos del Registro de la Agencia, los ficheros de los que es titular la EMTSAM son de carácter privado figurando inscritos en el Registro de la Agencia, desconociendo la denominación del que alberga los datos de carnets de estudiante expuesto en la publicación.

**CUARTO:** La entidad denunciada, según consulta en la Subdirección General de Inspección no tiene expedientes sancionadores anteriores.

### **HECHOS PROBADOS**

- 1) Los datos de la denunciante que figuraban en un carné de transporte de estudiante valido hasta el curso 98/99 aparecieron expuestos en una edición de un libro conmemorativo del 60 aniversario del transporte urbano de viajeros en Málaga.
- 2) En la tarjeta se contiene la fotografía de la denunciante, su nombre y apellidos, así como el número de dicha tarjeta.
- 1) El libro se presentó en el Excmo. Ayuntamiento de Málaga el día 18/11/2010 y fue difundido de forma gratuita junto con los ejemplares del Diario Sur de Málaga durante los días 4 y 5/12/2010.
- 2) El responsable de la edición del citado libro es la "*EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL*", que fue la que seleccionó el carnet sin criterio alguno. En la hoja en la que figura el carné de estudiante no se contiene información alguna del carné de estudiante.
- 3) La empresa denunciada no tiene expedientes sancionadores anteriores en la Agencia.
- 4) No se aportaron las condiciones de expedición de carné de estudiante, y no consta que entre las condiciones de la expedición de la tarjeta se hallara la de la libre disponibilidad de la emisora para exponerla en cualquier obra.
- 5) La "*EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL*", dispone de diversos ficheros de carácter personal, desconociéndose cual es el que alberga los carnés de usuarios de transportes.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I**

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

#### **II**

La "*EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL*", ha infringido el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13/12, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), que señala: *El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de*

*guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.” Esta infracción con arreglo a la fecha en que sucedieron los hechos se tipificaba como leve en al artículo 44.2.e) de la LOPD que señala como tal “ Incumplir el deber de secreto establecido en el artículo 10 de esta Ley, salvo que constituya infracción grave.” Solo sería grave si el tipo de datos fuera sensible, siendo aquí el nombre y apellidos, se trataría de datos básicos, y por tanto sería de carácter leve.*

Dado el contenido del precepto, ha de entenderse que el mismo tiene como finalidad evitar que por parte de quienes están en contacto con los datos personales almacenados en ficheros se realicen filtraciones de los datos no consentidas por los titulares de los mismos. Así el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha declarado en su sentencia n. 361, de 19/07/01: *“El deber de guardar secreto del artículo 10 queda definido por el carácter personal del dato integrado en el fichero, de cuyo secreto sólo tiene facultad de disposición el sujeto afectado, pues no en vano el derecho a la intimidad es un derecho individual y no colectivo. Por ello es igualmente ilícita la comunicación a cualquier tercero, con independencia de la relación que mantenga con él la persona a que se refiera la información (...)”.*

Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la CE. En efecto, este precepto contiene un *“instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”* (STC 292/2000). Este derecho fundamental a la protección de los datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino” (STC 292/2000) que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, “es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida”

En el presente caso, se comprueba la exposición a través de la difusión de un libro conmemorativo de un carné de usuaria de transporte, que transcurrido el tiempo ha sido publicado y dado a conocer al público en general que adquiriera los citados ejemplares. En principio, no se justifica su exposición pues en la hoja en la que aparece nada se relata sobre el carné de estudiante, su surgimiento, requisitos, cualidades etc. Además, resulta no proporcional exponer unos datos que fueron utilizados para un fin y que se utilizan ahora para otro como es la fotografía del mismo, sin que se entre a analizar o valorar al menos en dicha página en que consistió ese tipo de carnet. Asimismo, no se acredita que el uso para la edición del libro apareciera contemplado entre las condiciones de expedición del carné, desconociéndose además el motivo por el que el carné obraba en poder de la denunciada.

Se acredita la infracción del deber de secreto con dicha puesta a disposición de los datos, en dicha edición conteniendo su imagen y su nombre y apellidos que la hacen identificada e identificable.

### III

El artículo 4 de la LOPD en su párrafo 5 determina:

*“Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.”*

No se conoce norma alguna que prevea la conservación del documento expuesto, el



carné de estudiante, ni tampoco que se prevea la puesta a disposición de su expedidor ni la eventual difusión del mismo, teniendo en cuenta que se contienen datos de carácter personal, sin que por otra parte, sea preciso para informar del mismo la exposición de datos de carácter personal de la denunciante

El artículo 11.2 de la LOD señala como posible la cesión:

“e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.” El hecho denunciado no se ajusta a este precepto, luego no le sería aplicable esta excepción ya que no se da una cesión, tampoco es entre Administraciones Públicas.

#### IV

La disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4/03, de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la LOPD, en lugar del existente hasta su entrada en vigor, del siguiente tenor:

*“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:*

- a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.
- b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

*Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.*

La Ley 30/1992, de 26/11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 17) recoge “*los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia*”- sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 127.2 que “*las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*”.

Deberá evaluarse si el régimen sancionador derivado de la reforma operada en la LOPD por la LES, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E., resulta más beneficioso para el presunto infractor en el presente procedimiento, para lo que será imprescindible tener en cuenta que, conforme tiene señalado reiterada jurisprudencia la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable obliga a **aplicar en bloque** y no parcialmente la norma que tenga tal condición. Así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, que en su STC 75/2002 declaraba “*...ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986, de 29 de octubre, fundamento jurídico 2, tuvimos ocasión de decir que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable (...) supone la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas que*

puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la Ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva". (El subrayado es de la AEPD).

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5721/1998, recuerda que *“la jurisprudencia penal ha declarado reiteradamente que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable supone la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquéllas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo, ya que en otro caso la nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva”*.

Pero por otro lado, el artículo 45.6 de la LOPD, en la redacción dada por la LES establece un procedimiento de apercibimiento más favorable, puesto que se declara la infracción cometida y no se produce sanción económica.

En el presente supuesto, se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la imputada, teniendo en cuenta la finalidad para la que utilizó la tarjeta, que el ejemplar en que se contenía fue gratuito, que su volumen de negocio o actividad no depende directamente de los datos tratados, y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

## V

Debe señalarse que aunque de acuerdo con las previsiones de la LOPD, en la redacción dada por la LES, ha desaparecido el tipo leve del deber de secreto leve correspondiente a la infracción cometida en el momento de producirse, pasando a ser ahora todas graves, según señala el nuevo artículo 44.3.d)” *La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley*”, que es la tipificación que corresponde a la infracción cometida por la EMTSAM, dado que se aplica la LES en bloque, no exclusivamente para los aspectos beneficiosos una norma y en el resto otra. Por ello, la infracción se corresponde con dicho artículo.

De acuerdo con lo señalado,

**Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,**

**SE ACUERDA:**

**1. APERCIBIR (A/00051/2011) a la EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción del artículo 10 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de



Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

**2.-** Debido a la naturaleza en que se perfeccionó y se puso de manifiesto la infracción, no se insta por parte de la Agencia la adopción de una concreta medida correctora. No obstante, se solicita se comuniquen las que de forma autónoma decida adoptar sin que quepa realizar valoración alguna por parte de esta institución al no existir medidas específicas cuya adopción garantice que en el futuro no se vuelva a producir infracción como la declarada.

**3.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a la **EMPRESA MALAGUEÑA DE TRANSPORTES, SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL.**

**4.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Madrid, 8 de noviembre de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez