

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. 67/2011, referent a Barcelona Serveis Municipals, S.A.

Antecedents

Primer.- En data 17/02/2011 va tenir entrada en aquesta Autoritat un escrit d'un sindicat, pel qual formulava una denúncia contra l'empresa Barcelona Serveis Municipals, S.A. (en endavant, BSM), 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 concret, el sindicat denunciador exposava que BSM, quan incoa un expedient disciplinari a un/a treballador/a, incorpora al plec de càrrecs *"el detall de tots els antecedents que consten en l'expedient personal del/la treballador/a, inclosos els que en aplicació de l'article 58 del conveni col·lectiu d'empresa no haurien de constar per estar ja cancel·lats"*.

El sindicat denunciador aportava amb el seu escrit de denúncia diversa documentació, entre ella dos plecs de càrrecs -de dates 31/07/2008 i 16/01/2009, respectivament- formulats per l'empresa BSM a dos treballadors de la dita empresa.

Segon.- L'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va iniciar una fase d'informació prèvia (IP 50/2011), 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 disposició transitòria segona de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, per tal de comprovar la realitat dels fets denunciats i d'obtenir més informació sobre les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables.

Tercer.- En el sí d'aquesta fase d'informació, en data 24/05/2011, l'Autoritat va efectuar una inspecció presencial a la seu de BSM, el resultat de la qual consta a l'acta d'inspecció incorporada a les actuacions.

Durant l'acte d'inspecció, els representants de BSM van manifestar el següent:

- Que els fets objecte de denúncia davant l'Autoritat també han estat denunciats pel Comitè d'Empresa davant la jurisdicció social. Actualment l'assumpte es troba *sub iudice*.
- Que en el plec de càrrecs que es formula en el marc d'un expedient disciplinari a un treballador, s'incorporen les dades relatives a anteriors sancions disciplinàries imposades a aquest durant tota la seva relació laboral amb BSM.
- Que cal diferenciar antecedents sancionadors, d'històric sancionador. L'històric fa referència a les sancions imposades al treballador durant tota la seva vida laboral a BSM. Els antecedents es refereixen a les sancions anteriors imposades no prescrites i que es poden tenir en compte a l'hora d'imposar una nova sanció.

- Que en el Conveni Col·lectiu de BSM, tant a l'actualment vigent, com en els anteriors, es preveu expressament la cancel·lació a l'expedient personal dels treballadors de les sancions imposades quan transcorre un determinat termini (art. 58 del Conveni 2005 – 2008 i art. 59 del Conveni 2009-2012).

- Que els treballadors del departament de RRHH són els únics que poden accedir a l'expedient personal automatitzat dels treballadors, i depenent del perfil, poden accedir a tot l'expedient o només a determinats apartats. En concret només poden accedir a la pestanya de règim disciplinari dels treballadors les persones que gestionen contractació, altes, baixes, nòmines i cotització. Que als fitxers continguts en el programa informàtic de BSM poden accedir les persones autoritzades mitjançant usuari i contrasenya personalitzat.

- Que els expedients en format paper estan en una habitació tancada a la qual només es pot accedir mitjançant un codi únic per l'Àrea d'Administració de Personal del que disposen les persones treballadores de la dita àrea. Manifesten que en aquests expedients en format paper s'inclou una còpia de l'expedient disciplinari en el qual, al seu torn, hi figura l'historial disciplinari del treballador.

En el mateix acte d'inspecció, el personal inspector va efectuar les següents verificacions:

1) Que l'accés als expedients personals dels treballadors, a través del programa informàtic de BSM, s'ha d'efectuar mitjançant usuari i contrasenya.

2) Que a l'historial disciplinari dels treballadors, al qual s'accedeix clicant la pestanya "règim disciplinari", hi figuren les sancions imposades als treballadors durant tota la seva vida laboral a BSM, amb l'anotació a l'apartat "Cancel·lació antecedents" d'una data que el programa genera automàticament al complir-se els terminis previstos a l'article 59 del Conveni Col·lectiu actualment vigent.

3) Que per entrar a l'espai on es troben arxivats els expedients de personal, s'accedeix mitjançant un codi que, segons manifesten els representants de BSM, és únic i comú per a totes les persones d'Administració de Personal.

D'altra banda, el personal inspector va recollir la següent documentació:

1) Primer Conveni Col·lectiu de BSM 2005 – 2008. L'article 58 del citat conveni determina que:
"1. L'empresa cancel·larà les notes desfavorables per sancions obrants en els expedients personals dels treballadors, de no haver-se produït nova falta de qualsevol classe o graduació. Perquè procedeixi aquesta cancel·lació el treballador haurà d'haver observat una conducta irreprotxable durant els següents períodes de temps:

a) 3 mesos per a la cancel·lació de faltes lleus.

b) 6 mesos per a la cancel·lació de faltes greus.

c) 1 any per a la cancel·lació de faltes molt greus.

2.- Aquests períodes podran escurçar-se si es conegués i justificassin circumstàncies no tingudes en compte al temps d'imposar-se la sanció.

2) Conveni Col·lectiu de BSM 2009 – 2012. L'article 59 d'aquest conveni està redactat en idèntics termes a l'article 58 del Conveni 2005-2008.

3) Dos impressions de pantalla relatives a l'historial disciplinari (pestanya règim disciplinari) de dos treballadors de BSM, on es detallen els següents camps: "Expedient", "Jutjat", "Data Fets", "Tipus falta", "Tipus Sanció", "Data sanció", "Dies sanció", "Fets", "Cancel·lació antecedents" (on es consigna la data en què, segons el Conveni Col·lectiu, la sanció ha de considerar-se cancel·lada), "Dies Difer".

A l'últim, en aquell acte d'inspecció, el personal inspector va requerir l'entitat inspeccionada per tal que aportés a l'Autoritat determinada documentació addicional.

Quart.- Mitjançant escrit de data 26/05/2011, BSM va donar compliment al requeriment efectuat en l'acte d'inspecció, i aportà a aquesta Autoritat dos plec de càrrecs -de dates 14/02/2011 i 16/03/2011, respectivament- formulats per BSM contra dos dels seus treballadors. En ambdós plec de càrrecs es consigna un apartat anomenat "Historial Disciplinari".

- Al plec de càrrecs de data 14/02/2011 es recull, a l'apartat "Historial Disciplinari", dues sancions de caràcter lleu, de dates 21/10/2010 i 03/11/2010, respectivament.

- Al plec de càrrecs de data 16/03/2011 es recull, a l'apartat "Historial Disciplinari", diverses sancions de caràcter lleu, de dates 26/05/2008, 10/10/2008, 16/01/2009 i 20/01/2009.

Cinquè.- BSM és responsable del fitxer denominat "RRHHBSM01", el qual té com a finalitat "Personal: expedients, CV, nòmines i prevenció de riscos laborals". Aquest fitxer està inscrit al Registre de Protecció de Dades de Catalunya dependent d'aquesta Autoritat.

Sisè.- En data 30/11/2011, la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra BSM, per una presumpta infracció de caràcter greu prevista a l'article 44.3.c) de la LOPD –en la seva nova redacció donada per Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible- en relació amb l'article 4 de la LOPD de la mateixa disposició legal. Aquest acord d'inici, juntament amb el plec de càrrecs, es va notificar a l'entitat imputada el dia 05/12/2011.

En el plec de càrrecs es concedia a BSM 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.

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

Vuitè.- En data 09/02/2012 es va dictar proposta de resolució per part de la instructora d'aquest procediment, la qual fou notificada a BSM el 14/02/2012. 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 l'entitat imputada formulés les al·legacions que estimés convenientes.

Novè.- Durant el tràmit d'audiència, BSM ha formulat al·legacions mitjançant escrit de data 24/02/2011. Aquestes al·legacions, que en part reiteren les formulades davant el plec de càrrecs, es resolen de forma motivada a l'apartat segon dels fonaments de dret d'aquesta resolució.

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

Fets Provats

Primer.- BSM, en el moment que incoa un expedient disciplinari a algun/a dels seus/ves empleats/des, formula un plec de càrrecs en el qual inclou l'historial disciplinari del/la treballador/a. Aquest historial disciplinari consisteix en la relació de la totalitat de les sancions imposades al/la treballador/a durant tota la seva vida laboral a BSM. Aquesta actuació s'ha mantingut en el temps almenys fins el dia 24/05/2011, data en què es va efectuar un acte d'inspecció a la seu de BSM.

Segon.- L'article 58 del Primer Conveni Col·lectiu de BSM 2005 – 2008 determina que: "1. L'empresa cancel·larà les notes desfavorables per sancions obrants en els expedients personals dels treballadors, de no haver-se produït nova falta de qualsevol classe o graduació. Perquè procedeixi aquesta cancel·lació el treballador haurà d'haver observat una conducta irreprotxable durant els següents períodes de temps:

a) 3 mesos per a la cancel·lació de faltes lleus.

b) 6 mesos per a la cancel·lació de faltes greus.

c) 1 any per a la cancel·lació de faltes molt greus.

2.- Aquests períodes podran escurçar-se si es conegués i justificuessin circumstàncies no tingudes en compte al temps d'imposar-se la sanció.

L'article 59 del Conveni Col·lectiu de BSM 2009 – 2012 està redactat en idèntics termes a l'article 58 del Conveni 2005-2008.

Tercer.- Els expedients personals dels treballadors que es conserven en format paper es troben dipositats en un espai tancat, al qual hi poden accedir els treballadors de l'Àrea d'Administració de Personal, mitjançant un codi únic per l'Àrea. En els citats expedients personals s'inclou, si s'escau, una còpia de l'expedient disciplinari dels treballadors, on consta, al seu torn, l'historial disciplinari.

Quart.- A l'historial disciplinari dels treballadors que es troba en fitxers automatitzats poden accedir, mitjançant usuari i contrasenya, els treballadors del departament de RRHH que gestionen contractació, altes, baixes, nòmines i cotització.

Al citat historial s'accedeix clicant la pestanya "règim disciplinari" de l'expedient personal del treballador. En aquest historial disciplinari es detallen els següents camps: "Expedient", "Jutjat", "Data Fets", "Tipus falta", "Tipus Sanció", "Data sanció", "Dies sanció", "Fets", "Cancel·lació antecedents" (on es consigna la data que, segons el Conveni Col·lectiu, la sanció disciplinària ha de considerar-se cancel·lada, data que és generada automàticament pel mateix programa informàtic), "Dies Difer".

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, BSM 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 instructora, si bé es considera procedent fer-hi una menció en la present resolució, tenint en compte que en les al·legacions formulades davant la proposta de resolució es reproduïxen en part les formulades prèviament davant el plec de càrrecs. Tot seguit s'analitzen doncs el conjunt d'al·legacions formulades per BSM.

2.1.- "Del bloqueig de les dades de caràcter personal".

Pel que fa a aquesta al·legació, l'entitat imputada fa referència a dues qüestions que convé analitzar de forma separada.

2.1.1.- Per una banda, BSM manifesta que *"ha procedit a tractar i conservar les dades del seus empleats amb l'única finalitat de donar compliment a la legislació vigent i actuar com un diligent empresari, en els termes previstos, entre d'altres, per l'article 3 de l'Ordre de 27 de desembre de 1994, per la qual s'aprova el Model de Rebut Individual de Salari"*.

L'article citat determina que *"los recibos de salarios expedidos se archivarán y conservarán por las empresas, junto con los boletines de cotización a la Seguridad Social, durante un período mínimo de cinco años, a fin de permitir las comprobaciones oportunas"*.

Així, el que regula el precepte ressenyat –el període de conservació del rebuts de salaris expedits per les empreses– és una qüestió aliena als fets que són objecte d'aquest procediment, raó per la qual no es pot considerar que la dita norma legítimi el tractament aquí imputat, consistent en incloure l'historial disciplinari del treballador al plec de càrrecs formulat per l'empresa en el marc d'un expedient disciplinari.

2.1.2.- D'altra banda, l'entitat imputada argüeix que les dades dels treballadors "es conserven de manera automatitzada i, un cop es cancel·len, es mantenen als sistemes de gestió d'informació de manera bloquejada".

Convé primerament definir els conceptes de cancel·lació i bloqueig. L'article 5 del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la LOPD (en endavant, RLOPD), defineix cancel·lació com "procediment en virtut del qual el responsable cessa en l'ús de les dades. La cancel·lació implica el bloqueig de les dades, consistent en la identificació i reserva d'aquestes dades amb la finalitat d'impedir-ne el tractament excepte per posar-les a disposició de les administracions públiques, jutges i tribunals, per a l'atenció de les possibles responsabilitats nascudes del tractament i només durant el termini de prescripció de les responsabilitats esmentades".

Així, d'acord amb el precepte ressenyat, la cancel·lació de les dades no té perquè suposar automàticament la seva supressió, sinó el seu bloqueig. Aquest bloqueig suposa sostroure les dades personals del seu circuit habitual, de manera que s'impedeixi sotmetre-les a cap mena de tractament, amb les excepcions expressament assenyalades al precepte, referents a la posada a disposició de les administracions públiques, jutges i tribunals, per atendre les eventuais responsabilitats nascudes del tractament, durant el termini de prescripció de les dites responsabilitats. Passat aquest termini de prescripció, les dades hauran de ser suprimides.

Assentat això, es tracta d'analitzar seguidament si, en el cas que ens ocupa, les dades controvertides es troben efectivament bloquejades de manera que s'impedeix el seu tractament –tret de les excepcions previstes-, tal com afirma BSM. Doncs bé, tal com va posar de manifest la instructora a la proposta de resolució, a partir de l'exposat als apartats primer, tercer i quart dels fets provats, es pot afirmar que les dades no es troben bloquejades, i això perquè:

- El personal de l'Àrea d'Administració pot accedir als expedients personals dels treballadors en format paper, el quals inclouen, si s'escau, l'expedient disciplinari on consta l'historial disciplinari del treballador.
- El personal del departament del RRHH que gestiona contractació, altes, baixes, nòmines i cotització pot accedir a l'historial disciplinari dels treballadors que es troba als fitxers automatitzats.
- Aquesta situació de bloqueig esgrimida per BSM no ha impedit tractar les dades relatives a l'historial disciplinari dels treballadors als plec de càrrecs formulats en el si d'expedients disciplinaris.

Així doncs, si les dades relatives a l'historial disciplinari dels treballadors resulten accessibles a diverses persones, sense que aquest accés tingui per objecte el posar les dites dades a disposició de les administracions públiques, jutges o tribunals per atendre responsabilitats nascudes del seu tractament; resulta evident que les dades esmentades no es troben

bloquejades a fi d'evitar-ne el seu tractament. I, cal aquí palesar, que ha estat precisament aquesta manca de bloqueig el que ha propiciat els fets que foren denunciats davant l'Autoritat i que s'imputen en aquest procediment, això és, que les dites dades siguin incorporades als plec de càrrecs formulats en el marc d'expedients disciplinaris contra treballadors de l'empresa.

2.2.- *“De la manca de vulneració de la intimitat dels treballadors en l'expedient disciplinari ni en el bloqueig de les dades”.*

L'entitat imputada exposa diferents qüestions en aquesta al·legació que s'analitzaran separatament:

2.2.1.- BSM afirma que el plec de càrrecs, amb l'historial disciplinari *“no constitueix intrusió ni divulgació de la vida o àmbit privat del treballador”*, i afegeix que *“el plec de càrrecs va dirigit, en tot cas, al propi treballador, sense divulgació a terceres persones”*.

Cal dir que en aquest procediment sancionador no s'imputa cap intromissió a la intimitat, ni tampoc s'imputa una cessió o comunicació de les dades del treballador expedientat a terceres persones. El que aquí s'imputa és la utilització de determinades dades (historial de sancions disciplinàries) que havien d'estar cancel·lades –bloquejades o suprimides-, tractament de dades que vulnera el principi de qualitat establert a l'article 4 de la LOPD.

2.2.2.- D'altra banda, l'entitat imputada invoca diferents raons -que es poden resumir en l'existència d'una relació contractual entre BSM i els treballadors, el que implica el compliment de determinats deures legals a càrrec de l'empresari-, que justificarien la conservació per part de l'empresa de les dades relatives a l'historial disciplinari dels treballadors, insistint en què aquestes dades es troben bloquejades als seus fitxers.

Tal com s'ha dit, la cancel·lació de les dades personals no ha de comportar automàticament la seva supressió. Així, els articles 16 de la LOPD i 31 del RLOPD preveuen que la cancel·lació de les dades dóna lloc al seu bloqueig. Aquest bloqueig permetria l'accés a les dades cancel·lades, si bé únicament per a l'atenció de possibles responsabilitats nascudes del tractament i només durant el termini de prescripció d'aquestes responsabilitats, vençut el qual s'haurà de procedir, ara sí, a la supressió de les dades.

Així les coses, la finalitat adduïda per BSM per tal de justificar la conservació de les dades relatives a l'historial disciplinari es veuria satisfeta amb la possibilitat de bloquejar-les; bloqueig que, en contra del que manté a BSM, no s'ha dut a terme en aquest cas per les raons exposades al punt 2.1.2 d'aquest fonament de dret, ja que no s'ha impedit que les dites dades siguin sotmeses a tractament en l'àmbit d'actuació ordinari del responsable del fitxer. I, com ja s'ha dit, és precisament la manca d'aquest bloqueig efectiu el que ha propiciat que les dades controvertides siguin tractades als plec de càrrecs incoats en el si d'expedients disciplinaris, vulnerant-se així el principi de qualitat.

2.3.- *“De la bona fe i diligència de BSM”.*

2.3.1.- Manifesta l'entitat imputada que des del mateix dia en què es va dur a terme l'acte d'inspecció el dia 24/05/2011, va deixar de formular plecs de càrrecs que incloguessin l'historial complert disciplinari del treballador.

Aquesta celeritat amb què hauria actuat l'entitat imputada per corregir la seva actuació tindrà, com després es veurà, la seva incidència en la graduació de la sanció imposar, i també podrà comportar que sigui innecessari efectuar cap requeriment de mesures correctores al respecte, però no desvirtua els fets imputats en aquest procediment, relatius a conductes anteriors que aquesta Autoritat considera provades, ni tampoc a la seva qualificació jurídica.

2.3.2.- BSM invoca el correcte i rigorós compliment que fa de la normativa de protecció de dades, en particular en relació a mesures de seguretat i registre de fitxers.

Al respecte s'ha de dir que la circumstància referida en res altera els fets imputats en aquest procediment. És més, tal com es va exposar a la proposta de resolució, la circumstància invocada per BSM, per sí mateixa tampoc no opera com a element atenuant a tenir en compte en la determinació de la sanció econòmica, ja que en casos d'entitats que tracten un volum ingent de dades personals, com és el cas de BSM, s'ha d'exigir amb la intensitat màxima un compliment rigorós de la normativa de protecció de dades.

2.4.- *“De l'absència de comissió d'infracció administrativa”*

BSM argüeix que, d'acord amb les al·legacions formulades, s'hauria de concloure que no ha comés cap infracció administrativa. De forma subsidiària, per al negat cas que s'estimés que BSM ha vulnerat la normativa de protecció de dades, estima que seria aplicable la figura de l'advertència regulada a l'article 45.6 de la LOPD, en la seva redacció donada per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible.

Tal com va exposar la instructora a la proposta de resolució, aquesta Autoritat considera que en aquest procediment s'ha acreditat que BSM ha comés una infracció administrativa tipificada a la normativa de protecció de dades, per tot el que s'ha exposat fins aquí en donar resposta a les al·legacions formulades, i el que s'argumentarà després en el fonament de dret quart.

Assentat això, cal analitzar si, tal com pretén BSM amb caràcter subsidiari, seria aquí aplicable la figura de l'advertència que contempla l'article 45.6 de la LOPD, que disposa:

“Excepcionalment l'òrgan sancionador, amb l'audiència prèvia dels interessats i atesa la naturalesa dels fets i la concurrència significativa dels criteris que estableix l'apartat anterior, pot no acordar l'obertura del procediment sancionador i, en lloc seu, advertir el subjecte responsable a fi que, en el termini que l'òrgan sancionador determini, acrediti l'adopció de les mesures correctores que siguin pertinents en cada cas, sempre que concorrin els pressupòsits següents:

a) *Que els fets siguin constitutius d'infracció lleu o greu de conformitat amb el que disposa aquesta Llei.*

b) *Que l'infractor no hagi estat sancionat o advertit amb anterioritat.*

Si l'advertència no és atesa en el termini que l'òrgan sancionador hagi determinat, escau l'obertura del procediment sancionador corresponent per aquest incompliment”.

En primer lloc cal remarcar que el legislador no imposa a les autoritats de control l'aplicació obligatòria d'aquesta figura. Ben al contrari, ressalta el seu caràcter d'excepcionalitat, i estableix que pot acordar-se potestativament per les dites autoritats sempre i quan concorrin cumulativament els pressupòsits que explicita l'apartat 6 de l'article 45 de la LOPD. Doncs bé, en el cas aquí analitzat s'ha de palesar que no es compliria el requisit recollit a l'apartat b) del citat article 45.6 de la LOPD, en concret, el referent a que l'infractor no hagi estat sancionat amb anterioritat, atès que a aquesta Autoritat li consta que BSM ha estat prèviament sancionada en el marc de dos procediments sancionadors (PS núm. 23/09 i PS núm. 1/10).

En relació a aquest punt concret, no pot reeixir l'argumentació esgrimida per BSM en el seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, en el sentit que el citat precepte 45.6.b) “*es refereix a sancions imposades per la comissió del mateix tipus infractor*”, per la qual cosa sí que resultaria d'aplicació de la figura de l'advertència, tota vegada que BSM ha estat sancionada amb anterioritat en relació amb altres tipus infractors. I no es pot acceptar tal pretensió perquè la dicció de l'article en qüestió és meridianament clara quan diu que és un pressupòsit per poder aplicar l'advertència “*que l'infractor no hagi estat sancionat o advertit amb anterioritat*”, sense fer cap més afegit. Així, quan el mateix legislador que ha donat un nou redactat a l'article 45 de la LOPD mitjançant la Llei 2/2011 –i ha afegit la figura de l'advertència a l'article 45.6- ha volgut referir-se a infraccions de la mateixa naturalesa, ho ha previst expressament (article 45.4.g en relació a la reincidència).

2.5.- “De la proporcionalitat de la sanció econòmica”.

En aquesta darrera al·legació BSM exposa que, “*en el negat cas que aquesta APDCAT no consideri els arguments d'aquesta Part (...) i, per tant, mantinguis la seva decisió de considerar a BSM responsable d'una infracció greu (...), i no entengués procedent la substitució de la sanció per l'advertiment (sic), aquesta Part considera que la sanció proposada per la instructora (15.000 euros) és excessiva i no proporcional*”. Es per això que sol·licita la imposició d'una sanció de 900 euros o, subsidiàriament, “*s'imposi la sanció en una quantitat inferior a la determinada a la (...) Proposta de resolució*”.

Aquesta pretensió s'analitzarà al fonament de dret cinquè, on es determina el *quantum* de la sanció econòmica que s'imposa en aquest procediment, atenent al criteris previstos a l'article 45 de la LOPD.

En definitiva, que les al·legacions formulades per BSM en el curs d'aquest procediment sancionador i que s'han analitzat fins aquí, no desvirtuen els fets imputats, ni la seva qualificació jurídica, per les raons que s'han exposat en cada cas.

Tercer.- Tal com ja va argumentar la instructora del procediment en la proposta de resolució, a efectes de determinar les infraccions en què pot haver incorregut l'entitat imputada, val a dir que els tipus infractors previstos a l'article 44 de la LOPD han estat modificats per la disposició addicional 56a de la Llei 2/2011, norma posterior a la presentació de la denúncia i a una part dels fets que van donar lloc a l'inici d'aquestes actuacions. No obstant l'anterior, d'acord amb el principi general d'irretroactivitat que regeix en l'exercici de la potestat sancionadora (art. 102.2 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya i art.128 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques), s'han d'aplicar les disposicions sancionadores vigents en el moment de produir-se els fets que constitueixen infracció administrativa, tret que les noves disposicions afavoreixin al presumpte infractor.

En el cas que ens ocupa es considera d'aplicació la nova regulació del règim sancionador donada per la Llei 2/2011, per les raons que s'exposen tot seguit.

En primer lloc, cal posar en relleu que l'actuació de BSM que ha donat lloc a la incoació d'aquest procediment s'hauria prolongat en el temps, de manera que tal com ja s'ha dit, alguns dels fets que constitueixen l'objecte del mateix –constatats en la inspecció presencial de 24/05/2011-, s'haurien produït amb posterioritat a l'entrada en vigor del nou règim sancionador de la LOPD.

En segon lloc, cal assenyalar que la vulneració del principi de qualitat de les dades que s'imputa en aquest procediment és constitutiva d'una infracció de caràcter greu, tant en la redacció de l'article 44 de la LOPD vigent fins l'entrada en vigor del nou règim sancionador (infracció tipificada a l'apartat 3.d), com en la seva redacció actual donada per la Llei 2/2011 (infracció tipificada a l'apartat 3.c). Ara bé, cal evidenciar que les noves disposicions sancionadores també han modificat els intervals de les sancions de multa a imposar en relació als diferents tipus d'infracció (article 45 de la LOPD), fixant-se en la nova regulació un límit inferior de menor import en l'interval corresponent a les infraccions de caràcter greu, raó per la qual s'ha de considerar que, en aquests casos, resultarà més beneficiós per al presumpte infractor l'aplicació del nou règim sancionador de la LOPD, el qual s'ha d'aplicar de forma íntegra i en bloc, no fragmentàriament, d'acord amb el criteri jurisprudencial recollit en diverses sentències (per totes, STC de 29/10/1986 i STS de 28/05/1990).

Quart.- L'article 44.3.c) de la LOPD, en la seva nova redacció donada per la Llei 2/2011, disposa que és una infracció de caràcter greu:

“Tractar dades de caràcter personal o utilitzar-les posteriorment amb conculcació dels principis i les garanties que estableixen l'article 4 d'aquesta Llei i les disposicions que el despleguen, excepte quan sigui constitutiu d'infracció molt greu”.

En relació amb aquest tipus infractor, l'article 4 LOPD relatiu al principi de qualitat de les dades, estableix el següent:

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

- “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.*
- 2. Les dades de caràcter personal objecte de tractament no es poden utilitzar per a finalitats incompatibles amb aquelles per a les quals les dades hagin estat recollides. No es considera incompatible el tractament posterior d'aquestes dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques.*
- 3. Les dades de caràcter personal han de ser exactes i posades al dia de manera que responguin amb veracitat a la situació actual de l'afectat.*
- 4. Si les dades de caràcter personal registrades són inexactes, en tot o en part, o incompletes, han de ser cancel·lades i substituïdes d'ofici per les dades corresponents rectificades o completades, sens perjudici de les facultats que l'article 16 reconeix als afectats.*
- 5. Les dades de caràcter personal han de ser cancel·lades quan hagin deixat de ser necessàries o pertinents per a la finalitat per a la qual han estat recollides o registrades. No han de ser conservades de manera que permetin identificar l'interessat durant un període superior al necessari per a les finalitats d'acord amb les quals hagin estat recollides o registrades. (...)”*

Durant aquest procediment s'ha pogut constatar que fins al 24/05/2011, data en la qual aquesta Autoritat va efectuar una inspecció presencial, BSM tenia com a pràctica habitual la de consignar als plec de càrrecs formulats en el si d'expedients disciplinaris incoats contra el seu personal, una llista de totes les sancions que BSM havia imposat a la persona en qüestió durant tota la seva vida laboral a l'empresa. En alguns dels casos, s'ha verificat que algunes de les sancions que es detallaven eren del tot intrascendents en el procediment disciplinari i, a més haurien d'estar cancel·lades dels fitxers de l'empresa segons es preveia expressament al Conveni Col·lectiu, per haver-se superat amb escreix els terminis allà previstos als efectes de cancel·lació.

Així doncs, BSM, amb la consignació d'aquesta tipologia de dades al plec de càrrecs va vulnerar el principi de qualitat de les dades consagrat a l'article 4 de la LOPD, atès que va utilitzar/tractar dades que no eren ni adequades, ni pertinents en relació amb la finalitat per a la qual s'havien obtingut. En aquest punt, tal com s'ha dit anteriorment, les dades esmentades havien d'estar cancel·lades, la qual cosa implicava el seu bloqueig a fi d'impedir-ne el seu tractament. I precisament aquesta manca de cancel·lació/bloqueig d'aquestes dades als fitxers de BSM és el que va propiciar el seu tractament posterior, que aquí es declara il·lícit.

És per tot l'anterior que aquesta Autoritat considera acreditat que BSM ha comés una infracció greu tipificada a l'article 44.3.c) de la LOPD.

Cinquè.- A efectes de determinar la sanció a imposar, l'article 45.2 de la LOPD, en la seva redacció donada per la Llei 2/2011, preveu per a les infraccions de caràcter greu, una sanció de multa de 40.001 fins a 300.000 euros.

Per la seva banda, l'apartat 5 del mateix precepte determina el següent:

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

a) Quan s'aprecii una qualificada disminució de la culpabilitat de l'imputat o de l'antijuridicitat del fet com a conseqüència de la concurrència significativa de diversos dels criteris enunciats a l'apartat 4 d'aquest article.

b) Quan l'entitat infractora hagi regularitzat la situació irregular de manera diligent.

c) Quan es pugui apreciar que la conducta de l'afectat ha pogut induir a cometre la infracció.

d) Quan l'infractor hagi reconegut espontàniament la seva culpabilitat.

e) Quan s'hagi produït un procés de fusió per absorció i la infracció sigui anterior a aquest procés, de manera que no és imputable a l'entitat absorbent.”

Aquest precepte permet, doncs, la possibilitat d'aplicar l'escala de sancions prevista per a les infraccions de grau inferior a la imputada; és a dir, que permet imposar una sanció lleu per la comissió d'una infracció greu, sempre i quan resulti acreditada la concurrència d'alguna de les circumstàncies previstes al precepte.

BSM ha aportat a aquestes actuacions documentació que acredita que, des del dia 24/05/2011, ja no inclou l'historial disciplinari al plec de càrrecs de formula en el si d'expedients disciplinaris incoats als treballadors. Així mateix, també ha acreditat que l'empresa ha establert nous criteris pel que fa a la conservació i cancel·lació als seus fitxers de les dades relatives a l'esmentat historial disciplinari dels seus treballadors. D'acord amb l'anterior, aquesta Autoritat considera pertinent apreciar, tal com va apuntar la instructora a la proposta de resolució, la concurrència de l'element previst a l'article 45.5.b) de la LOPD, que constitueix un dels pressupòsits per imposar una multa en la quantia que correspon a l'escala inferior en grau a la infracció efectivament comesa, que, en el present cas, suposa l'aplicació de l'escala corresponent a les infraccions de caràcter lleu.

Un cop aplicada la rebaixa en un grau i per tant la procedència de la imposició d'una sanció corresponent a les infraccions lleus, cal determinar la quantia de la multa. A aquests efectes, s'ha d'acudir als criteris de graduació de les sancions que estableix l'article 45.4 de la LOPD, de conformitat amb el principi de proporcionalitat (art. 102.2 Llei 26/2010, i art. 131 de la Llei 30/1992). A la proposta de resolució, la instructora del procediment proposava una multa de 15.000 euros atenent a una sèrie de criteris d'entre aquells que determina l'article 45.4 citat. En concret, es feia referència expressa als criteris següents: per una banda i amb caràcter atenuant, la manca de beneficis obtinguts com a conseqüència de la comissió de la infracció (art. 45.4.e), així com la manca de reincidència per comissió d'infraccions de la mateixa naturalesa (art. 45.4.g). Per contra, i amb caràcter agreujant, s'invocava el caràcter continuat de la infracció (45.4.a) –com a mínim, des del juliol del 2008, segons la documentació que obra en aquest procediment-, així com la vinculació de l'activitat de l'infractor amb la realització de tractaments de dades de caràcter personal (art. 45.4.c), i el volum de negoci o activitat de l'infractor (art. 45.4.d).

Doncs bé, en el seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, BSM, després de felicitar-se per l'apreciació a la dita proposta de la reducció d'un grau contemplada a l'article 45.5 de la LOPD, expressa el seu desacord amb la concreta quantia proposada per la instructora (15.000 euros), quantia que considera *"excessiva i no proporcional als fets que se li imputen"*. I això perquè considera, per una banda, que la instructora no ha tingut en compte totes les atenuants que concorren en aquest cas i, per l'altra, que s'ha basat en agreujants que no resulten d'aplicació.

En primer lloc, cal dir que no és exigible l'anàlisi detallada de tots i cadascun dels criteris de graduació de les sancions que contempla l'article 45.4 de la LOPD, ni a la proposta de resolució, ni tampoc a la mateixa resolució. El que sí s'ha de fer, per tal de ser respectuós amb el principi de proporcionalitat que ha de regir la potestat sancionadora de les administracions públiques, i d'acord amb la jurisprudència que cita l'entitat imputada, és motivar de manera suficient la graduació de la multa imposada. En aquest sentit cal dir que la instructora d'aquest procediment va motivar adequadament el *quantum* de la multa quan va enumerar els criteris que considerava rellevants per tal de fixar-lo. A més, cal ressenyar que la sanció així fixada per la instructora està compresa en la meitat inferior a l'assignada per a les infraccions lleus, raó per la qual no pot considerar-se en cap cas que sigui desproporcionada en relació a la conducta imputada.

No obstant l'anterior, i atès que l'entitat imputada ha manifestat expressament el seu desacord amb les circumstàncies que la instructora del procediment va tenir en compte per tal de fixar la quantia de la multa a imposar, i hi ha dedicat gairebé sis pàgines del seu escrit d'al·legacions, s'aborda seguidament l'anàlisi de cadascun dels criteris qüestionats per l'entitat.

5.1.- Pel que fa als atenuants.

BSM entén que, a més dels atenuants considerats per la instructora a la proposta de resolució -els relacionats a l'article 45.4 de la LOPD, apartats e) i g)-, haurien d'haver-se tingut en compte les circumstàncies contemplades als apartats b), f), h) i j) del citat precepte, els quals s'analitzen tot seguit.

5.1.1- El volum dels tractaments efectuats (art. 45.4.b).

Esgrimeix l'entitat que aquest volum és molt limitat en relació a les dades de caràcter personal que es tracten en el Departament de Recursos Humans de BSM.

L'Audiència Nacional, en relació amb aquesta circumstància invocada per BSM, ha vingut mantenint que *"no puede merecer igual reproche una actuación individual que produzca una importante violación de los derechos relativos a la protección de datos de una sola persona, que esa misma violación relativa a una multitud de personas"* (SAN de 12/11/2007).

En el cas aquí analitzat és evident que no s'han tractat les dades de multitud de persones, però tampoc d'una sola en concret. Consta acreditat, i així ho ha reconegut la mateixa entitat

imputada, que la inclusió de l'històric disciplinari dels treballadors als plec de càrrecs es venia fent des de temps enrere (com a mínim, des del juliol de 2008), motiu pel qual s'ha de concloure que la violació del dret a la protecció de dades s'ha produït en relació a diverses persones (tots aquells treballadors als quals se'ls ha incoat un expedient disciplinari en els darrers anys). A més, cal significar que les dades controvertides, al seu torn, han estat objecte de diversos tractaments (la seva inclusió al plec de càrrecs, i la seva conservació als fitxers de l'entitat). És per això que aquesta Autoritat considera que, d'acord amb el que va fer la instructora a la proposta de resolució, no pot apreciar-se l'escàs volum dels tractaments efectuats com a circumstància com a atenuant, tal com pretén BSM.

5.1.2.- El grau d'intencionalitat (art. 45.4.f).

BSM esgrimeix que *“resulta evident que ho ha existit ni intenció ni cap mena de voluntat per part de BSM d'incomplir la normativa sobre protecció de dades (...) ni perjudicar als seus empleats”*.

Quant a la inexistència de culpa que al·lega l'entitat expedientada, cal recordar que la responsabilitat de les persones físiques o jurídiques per la comissió d'infraccions administratives resulta exigible inclús a títol de simple inobservança, com així ho disposa l'article 130.1 de la Llei 30/1992, sense que es requereixi la intenció específica d'infringir l'ordenament (SAN de 28/11/2007).

Es fa necessari recordar també en aquest punt que a les entitats professionals on el tractament de dades personals constitueix part habitual i essencial de la seva activitat, com és el cas de BSM, se les ha d'exigir una especial diligència i coneixement de la normativa de protecció de dades. Així, aquestes entitats han de ser especialment diligents i curoses al realitzar operacions que comportin un tractament de les dades personals

A tenor de l'anterior, a criteri d'aquesta Autoritat, no es pot al·legar que en el present cas concorri una manca d'intencionalitat com a causa per justificar la reducció pretesa, i això perquè en el cas analitzat s'hauria donat, almenys, una greu manca de diligència en la conducta observada per BSM. En efecte, com s'ha dit, el tractament de les dades controvertides al plec de càrrecs formulats en el si d'expedients disciplinaris es venia duent a terme de forma continuada des del 2008, i l'empresa va continuar incloent-los fins i tot quant, a l'abril del 2009, un sindicat es va queixar d'aquest fet davant la Inspecció de Treball.

5.1.3.- La naturalesa dels perjudicis causats a les persones interessades o a tercers (art. 45.4.h).

Sosté l'entitat imputada que el tractament de la informació objecte de la controvèrsia *"no ha causat cap mena de perjudici ni als interessats ni a cap tercer"*.

En el supòsit analitzat no hi ha cap element que permeti afirmar, com ho fa l'entitat imputada sense cap mena de dubte, que amb la seva actuació no ha causat cap perjudici a les persones interessades. Cal aquí deixar clar que aquest criteri del perjudici causat no es cenneix únicament a un eventual dany de contingut econòmic, sinó que aquest pot evidenciar-se en altres esferes de la personalitat (honor, intimitat, imatge, etc), que es podrien reconduir a la causació de danys de tipus moral. És més, cabria pensar que les persones afectades consideren que se'ls ha causat un perjudici, sigui quina sigui la seva naturalesa, des del moment que formulen una denúncia pel tractament de les dades controvertides.

5.1.4.- Qualsevol altra circumstància que sigui rellevant per a determinar el grau d'antijuridicitat i culpabilitat presents en la concreta actuació infractora (art. 45.4.j).

En relació a aquesta qüestió, recorda BSM que *"des del moment en què va tenir coneixement i sense esperar a la resolució de l'expedient, BSM va deixar d'incloure en els seus plecs de càrrecs la informació relativa a l'historial sancionador dels empleats i, a més, (...) ha procedit a implantar les mesures que la instructora proposa en el seu escrit inclús abans de que així fossin dictades en la resolució final de l'expedient"*.

Com s'ha vist, ha estat precisament l'apreciació d'aquesta aquesta circumstància, com a atenuant qualificada, el que ha permès l'aplicació l'article 45.5 de la LOPD; raó per la qual no procedeix apreciar-la novament per tal de fixar la sanció a imposar dintre del interval que correspon a les sancions de caràcter lleu.

5.2.- Pel que fa als agreujants.

Sosté l'entitat imputada que dels tres agreujants apreciats per la instructora a la proposta de resolució –apartats a), c) i d) de l'article 45.4 de la LOPD-, només un d'ells està motivat (l'especificada a l'article 45.4.a, relativa al caràcter continuat de la infracció). Així doncs, considera que *"en el present supòsit no es donen cap de les dues darreres causes agreujants posades de manifest per la instructora"*.

5.2.1.- Pel que fa a la vinculació de l'activitat de l'infractor amb la realització de tractament de dades de caràcter personal (art. 45.4.c).

Estima BSM que la seva activitat *"no consisteix ni es basa en cap cas amb (sic) el tractament de dades de caràcter personal, sinó que aquest és un requisit necessari al qual ha de donar compliment pel correcte exercici de la seva activitat"*.

El criteri especificat a l'article 45.4.c) de la LOPD s'ha d'entendre en el sentit que aquells sectors d'activitat que estan directament relacionats amb la realització de tractament de dades de caràcter personal, han de ser especialment cautelosos en el compliment de la normativa de protecció de dades i, per tant, qualsevol infracció per part d'aquestes entitats ha de considerar-se més greu que si la mateixa infracció hagués estat comesa per una entitat quina activitat no impliqui directament la realització de dits tractaments.

En el cas aquí analitzat es dona la circumstància que gran part de les activitats que desenvolupa BSM porten aparellada indefectiblement el tractament de dades personals (gestió dels aparcaments, àrea verda, grua municipal, bicings, etc.), raó per la qual, i en atenció a l'exposat al paràgraf anterior, és òbvia la seva vinculació amb el tractament de dades personals.

5.2.2.- Quan al volum de negoci o activitat de l'infractor (art. 45.4.d).

Igual que el criteri anterior, el volum de negoci o activitat de l'infractor s'ha de tenir present en el moment de fixar la quantia de la sanció. És evident que l'import de la sanció ha de tenir en compte la capacitat econòmica de l'infractor i una de les formes de mesurar-la és mitjançant el seu volum de negoci o activitat.

En el cas que ens ocupa és un fet notori el volum d'activitat i negoci de BSM. La seva concurrència es posa de manifest a través de la informació que la mateixa empresa facilita al seu web, en concret: *"les activitats que desenvolupa BSM són variades i abasten un ampli espectre en el marc de la Ciutat: des d'aspectes relacionats amb la mobilitat, fins a la gestió d'instal·lacions de referència a la Ciutat dedicades al lleure, passant per la gestió de l'emblemàtic Zoo de Barcelona".* Així, *"en l'àmbit dels serveis a la mobilitat, BSM gestiona l'estacionament regulat de la calçada (ÀREA VERDA), la xarxa dels aparcaments subterranis municipals (gairebé 30.000 places), el servei de grua, el bicings i les estacions d'autobusos de Barcelona-Nord i Sant Andreu. (...) Pel que fa al lleure, té la responsabilitat de la gestió de les instal·lacions de l'anella olímpica de Montjuïc (Estadi Olímpic Lluís Companys, Palau Sant Jordi i Museu Olímpic), el Barcelona Teatre Musical, el Parc del Fòrum i el Parc de Montjuïc. Així mateix, BSM té encarregada la direcció del Pavelló de la Mar Bella i del Velòdrom i, a través de la filial PATSA, la gestió del mític Parc d'Atraccions del Tibidabo. (...). A més, el Parc Zoològic de Barcelona".*

De l'anterior es dedueix un important volum d'activitat i negoci de l'entitat infractora, circumstància a tenir en compte per a la graduació de la sanció.

En base a tot l'anterior, i atès que l'article 45.1 de la LOPD determina que les infraccions lleus es sancionen amb una multa de 900 a 40.000 euros, aquesta Autoritat estima adequada la imposició d'una multa de 15.000 euros, d'acord amb les circumstàncies tingudes en compte per la instructora a la proposta de resolució i que han estat analitzades en aquest fonament de dret.

Sisè.- Com ja s'ha dit, l'entitat imputada ha acreditat al llarg d'aquest procediment haver dut a terme les mesures pertinents per tal de corregir els efectes de la infracció, raó per la qual no resulta necessari efectuar aquí cap requeriment en els termes exposats a l'article 21.3 de la Llei 32/2010.

Fent ús de les facultats que em confereixen l'article 15 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat de Catalunya,

RESOLC

Primer.- Imposar a Barcelona de Serveis Municipals, SA, la sanció consistent en una multa de 15.000.- euros, com a responsable d'una infracció greu prevista a l'article 44.3.c) en relació amb l'article 4, ambdós de la LOPD.

Segon.- Notificar aquesta resolució a Barcelona de Serveis Municipals, SA

Tercer- 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.

Quart.- 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 considerin convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

Esther Mitjans i Perelló
Barcelona, 15 de març de 2012