

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. PS 32/2012, referent a l'Institut Barcelona Esports, de l'Ajuntament de Barcelona

Antecedents

Primer.- En data 25/11/2011 va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, provinent de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, un escrit d'una persona pel qual formulava denúncia contra l'Ajuntament de Barcelona, 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, la persona denunciant exposava que en data 02/06/2011 va formular una queixa amb codi XXX a través del Servei de queixes del web de l'Ajuntament, relativa entre d'altres qüestions al manteniment de la piscina del centre esportiu municipal XXX. En la queixa, la persona aquí denunciant havia fet constar expressament la seva condició d'empleat de l'empresa Club Lleuresport de Barcelona, que gestionava aquell servei en règim de concessió administrativa. Segons manifesta el denunciant, un cop la seva queixa va arribar a l'Institut Barcelona Esports, en data 8/06/2011 la persona responsable d'aquest organisme autònom de l'Ajuntament de Barcelona va enviar un correu electrònic a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona, i com a annex a aquell correu va enviar la queixa formulada per l'aquí denunciant, sense anonimitzar-la prèviament. A conseqüència d'això, l'entitat concessionària va acomiadar l'aquí denunciant. La persona denunciant aportava diversa documentació relativa als fets denunciats.

Segon.- L'Autoritat va obrir una fase d'informació prèvia (IP 271/2011), 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 la DT 2^a de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, per tal d'obtenir més informació sobre les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables.

En el sí d'aquesta fase d'informació, per mitjà d'ofici de data 10/02/2012 es va requerir l'Ajuntament de Barcelona per tal que informés sobre diverses qüestions relatives al fitxer on es recullen les dades personals facilitades per les persones que utilitzaven el formulari de queixes i suggeriments disponible al web de l'Ajuntament de Barcelona, així com sobre la tramesa de l'escrit de queixa de l'aquí denunciant a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona.

L'Ajuntament de Barcelona va respondre l'anterior requeriment a través d'escrit de data 23/02/2012, acompanyat de diversa documentació.

En vistes de les manifestacions efectuades per l'Ajuntament de Barcelona, mitjançant ofici de data 05/03/2012 se'l va requerir per tal que aportés còpia dels documents pels quals es regulava la relació jurídica entre l'Institut Barcelona Esports i l'entitat Club Lleuresport de Barcelona en data 8/06/2011, moment en què s'havien produït els fets denunciats.

La resposta a aquest requeriment la va fer l'Institut Barcelona Esports de l'Ajuntament de Barcelona mitjançant escrit de data 09/03/2012, amb el qual s'acompanyava el plec de

prescripcions administratives particulars, el plec de clàusules tècniques d'explotació i el contracte subscrit entre l'Institut Barcelona Esports i l'entitat Club Lleuresport de Barcelona el 5/09/2011.

En vistes que la documentació aportada corresponia a una contractació d'aquest servei que era posterior als fets denunciats, per mitjà d'ofici de data 26/03/2012 es va tornar a requerir l'Institut esmentat per tal que aportés la documentació escaient, com així va fer per escrit de data 26/04/2012, amb el qual s'acompanyava la Resolució de data 31/12/2004 d'adjudicació del servei de gestió del poliesportiu XXX a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona, en règim de concessió administrativa; els plecs de prescripcions economicoadministratives i tècniques; el contracte de gestió del servei signat per ambdues entitats, vigent des de l'any 2005 i prorrogat fins el 28/02/2011 per Resolució de 27/02/2009 del gerent de l'Institut Barcelona Esports.

Tercer.- En data 31/05/2012 la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra l'Institut Barcelona Esports, de l'Ajuntament de Barcelona, per una presumpta infracció greu prevista a l'article 44.3.k) en relació amb l'article 11.1 LOPD, o bé, amb caràcter alternatiu, per una presumpta infracció greu prevista a l'article 44.3.d) en relació amb l'article 10 LOPD. Així mateix, va nomenar persona instructora de l'expedient a la funcionària de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, Sra. XXX. Aquest acord d'inici, juntament amb el plec de càrrecs, es va notificar a l'entitat imputada el 06/06/2012.

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

Quart.- En data 18/06/2012 va tenir entrada a l'Autoritat escrit de l'Institut Barcelona Esports, mitjançant el qual sol·licitava una ampliació del termini concedit per presentar al·legacions, sol·licitud d'ampliació que va ser atorgada per aquesta instructora per escrit del mateix 18/06/2012.

Cinquè.- En data 25/06/2012 l'Institut Barcelona Esports va formular al·legacions al plec de càrrecs mitjançant escrit de 22/06/2012.

Sisè.- En data 26/07/2012 la persona instructora d'aquest procediment va formular proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades declarés que l'Institut Barcelona Esports havia incorregut en una infracció lleu prevista a l'article 44.2.d) en relació amb l'article 12, ambdós de la LOPD. Aquesta proposta de resolució fou notificada en data 31/07/2012, i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

Setè.- Per mitjà d'escrit de 03/08/2012 l'entitat imputada va manifestar que, atesa la manca de fets nous o d'al·legacions posteriors que desvirtuessin les efectuades per escrit presentat en data 22/06/2012 davant el plec de càrrecs, es ratificava plenament en el contingut d'aquell escrit, sense que per tant considerés necessari efectuar noves al·legacions, sol·licitant finalment l'arxiu del procediment sancionador.

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

Fets Provats

Únic.- En data 02/06/2011 l'Ajuntament de Barcelona va registrar una queixa amb codi XXX efectuada per l'aquí denunciant a través d'un formulari que figura a l'apartat *bústia de queixes i suggeriments* del web de l'Ajuntament www.bcn.cat, relativa entre d'altres qüestions al manteniment de la piscina del centre esportiu municipal XXX, i on feia constar expressament la seva condició de treballador de l'entitat concessionària, Club Lleuresport de Barcelona. La Direcció general d'Atenció Ciutadana de l'Ajuntament de Barcelona va derivar la queixa a l'Institut Barcelona Esports, per a la seva gestió i resolució. Aquest Institut, a la seva vegada, va reenviar la queixa per correu electrònic de data 8/06/2011 a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona, concessionària del servei de gestió del centre esportiu municipal XXX. L'enviament d'aquest darrer correu electrònic, que contenia la identificació de la persona aquí denunciant, es va efectuar sense el consentiment de la persona afectada.

En la data d'enviament d'aquella queixa era aplicable el contracte de gestió del servei signat per ambdues parts –l'Ajuntament de Barcelona i l'entitat Club Lleuresport de Barcelona–, el qual va estar vigent des de l'any 2005 (per Resolució de data 31/12/2004 d'adjudicació a aquesta entitat del servei de gestió del poliesportiu XXX en règim de concessió administrativa), i prorrogat fins el 28/02/2011 per Resolució de 27/02/2009 del gerent de l'Institut Barcelona Esports. El plec de clàusules d'aquest contracte, en l'apartat d'obligacions del concessionari, si bé contenia unes consideracions sobre el tractament de les dades personals (2.aa de la clàusula vuitena), aquestes no complien amb els deures formals previstos a l'art. 12 de la LOPD per al cas de transmissió de dades a un encarregat del tractament.

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.- L'entitat imputada no ha formulat noves al·legacions davant la proposta de resolució, sinó que es remet a les que havia presentat davant el plec de càrrecs. És per això que es considera oportú reiterar a continuació la resposta motivada que davant aquelles al·legacions havia donat la persona instructora en la proposta de resolució, amb una argumentació que s'assumeix íntegrament en aquesta resolució.

En l'escrit d'al·legacions al plec de càrrecs l'entitat imputada manifestava, en essència, que la comunicació de dades derivada de l'enviament que efectuà en data 8/06/2011 de l'escrit de

queixa de l'aquí denunciant a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona s'emmarcava en el contracte d'encarregat del tractament que s'havia subscrit amb aquesta entitat, ja que tal enviament era necessari per tal que aquesta entitat pogués prestar el servei encomanat per l'Institut. En aquest sentit, a l'apartat cinquè d'aquell escrit d'al·legacions transcrivia part del punt 2.aa) de la clàusula quinzena del Plec de clàusules administratives particulars que regien el contracte de gestió de serveis públics adjudicat en data 03/08/2011, el qual preveia les obligacions de l'entitat concessionària com a encarregada del tractament. I, més endavant, al punt setè del mateix escrit d'al·legacions al plec de càrrecs es referia de manera més breu al punt 2.g) de la clàusula vuitena i a la clàusula novena del plec de clàusules d'explotació que regia el contracte de gestió de serveis públics adjudicat el 31/12/2004, previsió que, segons l'entitat imputada, i atès que l'entitat concessionària era responsable del manteniment de les instal·lacions i de la plantilla de personal, justificaria l'enviament de la queixa a aquesta entitat. I sobre la base d'aquesta al·legació, sol·licitava l'arxiu del procediment sancionador.

Seguint el criteri de la instructora, les al·legacions formulades per l'entitat imputada davant el plec de càrrecs, i reiterades en el tràmit d'audiència, no poden tenir favorable acollida, i això pels motius que s'exposen a continuació.

Certament, cal partir del reconeixement de la consideració de l'entitat Club Lleuresport de Barcelona com a encarregada del tractament de l'Institut Barcelona Esports de l'Ajuntament de Barcelona. Efectivament, en la mesura que el Club Lleuresport de Barcelona s'encarregava en el moment dels fets de la gestió, en règim de concessió administrativa, de l'explotació del centre esportiu municipal XXX, el compliment de certes obligacions estipulades en el contracte d'adjudicació i en els plecs de clàusules administratives que regulaven la concessió, podia fer necessari el tractament de dades personals que constaven en el fitxer "Usuaris de Serveis Esportius", del qual n'és responsable l'Ajuntament de Barcelona. Així, per posar un exemple, el control d'entrada a les instal·lacions municipals podria requerir l'accés a les dades del dit fitxer de l'Ajuntament, a l'efecte d'identificar els usuaris autoritzats per a l'ús de les instal·lacions. Per aquesta raó, aquesta entitat tenia la consideració d'encarregada del tractament, en els termes previstos a l'article 12 de la LOPD, amb la consegüent obligació de subscriure el corresponent contracte d'encarregat, tal com preveu aquest article.

Dit això, no es poden deixar de manifestar certs dubtes sobre la consideració que la tramitació d'aquell escrit de queixa formés part del servei encomanat a l'entitat concessionària, o el que és el mateix, formés part de l'encàrrec del tractament, tal com sosté l'Institut Barcelona Esports. En tot cas, encara que no constés una regulació expressa al respecte, tal com s'exposa més endavant, també és cert que no es pot descartar que d'alguna manera l'Institut hagués encomanat a l'entitat prestadora del servei les funcions de gestió de les queixes que en el seu cas justificarien que la concessionària hi tingués accés.

Ara bé, contràriament a allò manifestat per l'Institut municipal, en el moment en què va tenir lloc l'enviament de la queixa a l'entitat concessionària, el 08/06/2011, no resultava aplicable la regulació de l'encàrrec del tractament que esmentava a l'apartat cinquè del seu escrit d'al·legacions al plec de càrrecs, i això perquè, tal com el mateix Institut assenyalava, el contracte d'adjudicació que contenia les clàusules a les quals es referia es va signar en data 03/08/2011, mentre que la comunicació de dades efectuada amb ocasió de l'enviament de

l'escrit de queixa va tenir lloc en data 08/06/2011, és a dir, gairebé dos mesos abans de la signatura d'aquell contracte.

En el moment en què va tenir lloc l'enviament de l'escrit de queixa del denunciador resultava aplicable el contracte i la resta de documentació contractual que anteriorment regulava la prestació d'aquest servei -adjudicat també a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona-, la qual va estar vigent des de l'any 2005 (en compliment de la Resolució de 31/12/2004 d'adjudicació del servei), i després va ser prorrogat per Resolució de 27/02/2009 del gerent de l'Institut Barcelona Esports, segons consta a la documentació aportada per l'Institut.

Doncs bé, tal com s'exposa en el fonament de dret següent, tot i acceptar que l'enviament de l'escrit de queixa a l'entitat concessionària s'emmarcaria en l'encàrrec del tractament que es derivava forçosament de l'adjudicació d'aquell contracte, i que per tant l'enviament de l'escrit de queixa no es consideraria una comunicació de dades (art. 12.1 LOPD), la regulació continguda en els plecs del contracte, relativa a les obligacions de l'entitat concessionària en matèria de tractament de dades personals per compte de l'Institut, resultarien del tot insuficients a l'efecte de tenir per acomplerts els extrems previstos a l'article 12 LOPD. De manera que no es pot considerar que existís una formalització de l'encàrrec del tractament tal com exigeix el precepte esmentat.

És per això que, seguint el criteri de la instructora, les manifestacions de l'Institut que s'acaben d'analitzar no poden desvirtuar els fets imputats ni la seva qualificació d'infracció.

Tercer.- En relació al fet descrit al punt únic de l'apartat de fets provats, relatiu a l'enviament en data 08/06/2011 de l'escrit de queixa del denunciador a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona, amb les seves dades personals, sense el seu consentiment i sense haver formalitzat el corresponent contracte d'encarregat del tractament, tal com indicava la persona instructora, l'article 44.2.d) de la LOPD, en la seva redacció donada per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, tipifica com a infracció de caràcter lleu:

"La transmissió de les dades a un encarregat del tractament sense donar compliment als deures formals que estableix l'article 12 d'aquesta Llei."

En relació amb aquest tipus infractor, l'article 12 de la LOPD preveu les garanties següents en relació amb la figura de l'encarregat de tractament :

"Accés a les dades per compte de tercers

- 1. No es considera comunicació de dades l'accés d'un tercer a les dades quan l'accés sigui necessari per a la prestació d'un servei al responsable del tractament.*
- 2. La realització de tractaments per compte de tercers ha d'estar regulada en un contracte que ha de constar per escrit o en alguna altra forma que permeti acreditar-ne la concertació i el contingut, i s'hi ha d'establir de manera expressa que l'encarregat del tractament només ha de tractar les dades d'acord amb les instruccions del responsable del tractament, que no les pot aplicar ni utilitzar amb una finalitat diferent de la que figuri en el contracte esmentat, ni comunicar-les a altres persones, ni tan sols per conservar-les.*
El contracte també ha d'estipular les mesures de seguretat a què es refereix l'article 9 d'aquesta Llei que l'encarregat del tractament està obligat a implementar.

3. Una vegada complerta la prestació contractual, les dades de caràcter personal han de ser destruïdes o tornades al responsable del tractament, i també qualsevol suport o document en què consti alguna dada de caràcter personal objecte del tractament.

4. En cas que l'encarregat del tractament destini les dades a una altra finalitat, les comunicui o les utilitzi incomplint les estipulacions del contracte, també ha de ser considerat responsable del tractament, i ha de respondre de les infraccions en què hagi incorregut personalment”.

Doncs bé, tal com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució, durant la tramitació d'aquest procediment ha quedat acreditat que en data 08/06/2011 l'Institut Barcelona Esports va reenviar a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona un escrit de queixa que l'aquí denunciant havia presentat en data 02/06/2011 a través del servei de queixes que l'Ajuntament de Barcelona posa a disposició dels ciutadans en el web www.bcn.cat, perquè aquests puguin manifestar, entre d'altres, el seu parer sobre la prestació del servei a les instal·lacions esportives municipals. L'aquí denunciant es queixava de diverses qüestions relatives al manteniment de les instal·lacions del centre esportiu municipal XXX, gestionat en règim de concessió administrativa per l'entitat Club Lleuresport de Barcelona, en la qual precisament prestava els seus serveis com a treballador de l'entitat. L'Institut va trametre la queixa, que contenia la identificació de la persona aquí denunciant, així com l'especificació de la seva condició d'empleat de l'empresa concessionària, sense el seu consentiment ni habilitació legal, i sense haver formalitzat prèviament el corresponent encàrrec del tractament segons l'exigit per l'art. 12 de la LOPD.

A aquest respecte, convé reconèixer que la clàusula 8.2.aa) del plec de clàusules econòmic administratives aplicable en el moment dels fets preveia certes obligacions de l'entitat concessionària relatives a la protecció de les dades personals a què hagués d'accedir o hagués d'elaborar per raó de l'execució de la concessió. No obstant, aquesta clàusula no feia cap referència a l'encàrrec del tractament, ni preveia tots els extrems previstos a l'article 12 de la LOPD, i aquelles qüestions de l'article 12 que sí contemplava, en realitat es tractaven d'una reiteració del seu enunciat, quan allò que hauria d'haver-se efectuat és una adaptació de cadascuna d'aquelles previsions a la realitat de la prestació objecte d'encàrrec. Així, a tall d'exemple, la clàusula esmentada no concretava les mesures de seguretat que havia d'implementar l'encarregat del tractament.

Sobre la necessitat que el contracte contempli totes i cadascuna de les formalitats de l'article 12 de la LOPD ja es pronunciava l'Audiència Nacional a la Sentència de data 18/01/2006, on manifestava que:

“2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el art. 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

Por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/99 permite el tratamiento de datos cuando medie un contrato pero dicho contrato debe

reunir una serie de requisitos que proceden de la simple y detallada lectura del precepto en cuestión."

Sobre aquesta qüestió, resulta il·lustrativa la regulació contractual efectuada per l'Ajuntament de Barcelona amb posterioritat als fets imputats, corresponent al contracte de gestió de serveis públics adjudicat també a l'entitat Club Lleuresport de Barcelona en data 03/08/2011. Així, el plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte, signat en data 5/09/2011, preveu al punt 2.aa) de la clàusula quinzena -reproduïda per l'entitat imputada en el seu escrit d'al·legacions- la regulació de l'encàrrec del tractament, i ho fa de manera pormenoritzada i en atenció a les peculiaritats de la prestació del servei objecte d'encàrrec. Es constata doncs que en aquest nou contracte sí existeix una clàusula contractual adreçada a regular l'encàrrec del tractament per tal de donar compliment a les exigències de l'art. 12 de la LOPD, circumstància que comporta la innecessarietat d'imposar en aquesta resolució l'adopció de mesures correctores.

En conclusió, tot i admetre que l'accés per part del Club Lleuresport de Barcelona a l'escrit de queixa de l'aquí denunciant podria trobar legitimació en la prestació d'un servei a l'Institut Barcelona Esports (la gestió del centre esportiu XXX, que podria incloure la tramitació de les queixes rebudes sobre la prestació d'aquest servei), tal tractament per compte de l'Institut requeria que estigués degudament regulat mitjançant un contracte d'encarregat o la introducció de clàusules contractuals, cosa que no succeïa en el moment dels fets.

És per això que es considera acreditat que l'Institut Barcelona Esports de l'Ajuntament de Barcelona ha comés la infracció lleu prevista a l'article 44.2.d), en relació amb l'article 12 de la LOPD.

Cinquè.- L'article 21 de la Llei 32/2010, en consonància amb l'article 46 de la LOPD, preveu que quan les infraccions siguin comeses per una administració pública, la resolució que declari la comissió d'una infracció haurà d'establir les mesures que escau adoptar perquè cessin o es corregeixin els efectes de la infracció.

No obstant, atès que tal com s'ha avançat, en l'actualitat la regulació contractual que regeix la prestació d'aquest servei, i en concret el plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte, signat en data 5/09/2011 per aquest Ajuntament i l'entitat Club Lleuresport de Barcelona, preveu al punt 2.aa) de la clàusula quinzena la regulació de l'encàrrec del tractament, donant així compliment als deures formals establerts a l'article 12 de la LOPD per als casos d'accés d'un tercer a dades quan l'accés és necessari per a la prestació d'un servei al responsable del fitxer, no es considera necessari efectuar cap requeriment a aquesta entitat.

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

RESOLC

Primer.- Declarar que l'Institut Barcelona Esports, de l'Ajuntament de Barcelona, ha comès una infracció lleu prevista a l'article 44.2.d) en relació amb l'article 12, ambdós de la LOPD.

Segon.- Notificar aquesta resolució a l'Institut Barcelona Esports.

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 consideri convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

Maria Àngels Barbarà i Fondevila

Barcelona, 13 de setembre de 2012