

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. 47/2011, referent a l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons.

Antecedents

Primer.- En data 17/11/2010 va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades una denúncia formulada contra l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons, per un possible 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 fonamentava la seva queixa en què l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons, del qual és funcionari XXX, havia derivat el seu compte de correu electrònic corporatiu, a un altre compte de correu no corporatiu, el qual segons manifestava la persona denunciant pertanyia a una altra funcionària de la Corporació local, i que l'Ajuntament hauria accedit als missatges rebuts al seu compte de correu, tot això sense haver estat informat de manera prèvia i sense que hagués atorgat el seu consentiment a tal efecte.

Per tal d'acreditar els fets als quals es referia, el denunciant aportava una impressió de pantalla on hi figuraven el correu electrònic que el denunciant va enviar en data 02/07/2010 a la Direcció de Serveis de Tecnologies i Sistemes Corporatius de la Diputació de Barcelona, en el qual manifestava que no autoritzava la derivació que s'havia efectuat en la seva adreça de correu electrònic, i la resposta de 05/07/2010 en què se li comunicava que s'havia eliminat el redireccionament de la seva bústia de correu.

També aportava una còpia de l'escrit de l'Ajuntament de data 05/07/2010 que li fou notificat el 07/07/2010, en el qual l'Ajuntament li comunicava que com a conseqüència de la seva baixa laboral i tenint en compte que hi havia assumptes en curs que el denunciant gestionava i que exigien una continuïtat en la tramitació, s'havia efectuat el redireccionament del seu correu electrònic corporatiu a un altre correu amb accés exclusiu per part de personal autoritzat de l'Ajuntament encarregat de continuar la tramitació dels esmentats assumptes i que a tal efecte només s'accedia als missatges vinculats als assumptes administratius municipals, sense que en cap cas s'accedís a aquells missatges que no esmentessin clarament en el títol les citades referències.

A l'últim, amb la denúncia s'aportava una còpia de l'escrit que la persona denunciant va presentar davant l'Ajuntament en data 16/07/2010 en què posava de manifest que la interceptació del seu compte de correu electrònic i desviació a un altre correu electrònic particular podia ésser constitutiva d'un delictes de descobriment i revelació de secrets tipificat a l'article 197 del Codi Penal, motiu pel qual els comunicava que havia denunciat el fet davant els Mossos d'Esquadra en data 02/07/2010, denúncia de la qual aportà també una còpia davant d'aquesta Autoritat.

Segon.- L'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va iniciar una fase d'informació prèvia (IP 188/2010) 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 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 si d'aquesta fase, mitjançant escrit de 22/02/2011 es va sol·licitar informació al denunciant en relació a certs extrems. Així, atesa la connexió entre els fets denunciats el 02/07/2010 davant els Mossos d'Esquadra i davant d'aquesta Autoritat, se li demanava que informés, al més aviat possible, sobre si la denúncia que va presentar davant l'entitat esmentada i que va donar lloc a les diligències policials número (...) havia comportat l'obertura d'algun procediment judicial, i en cas afirmatiu, que identificués l'òrgan judicial i número de procediment assignat així com l'estat de tramitació d'aquestes eventuais actuacions judicials.

Mitjançant escrit de data 02/03/2011 la persona denunciant va informar que no tenia coneixement de l'obertura de cap procediment judicial.

Quart.- També en el si de la fase d'informació prèvia, mitjançant escrit de 04/05/2011 s'efectuà un requeriment d'informació a l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons per tal d'aclarir diferents extrems en relació als fets objecte de denúncia.

Aquest requeriment d'informació fou contestat mitjançant escrit de 13/05/2011, en el qual l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons informava, entre d'altres, dels següents extrems:

- Que la persona denunciant, per raó dels llocs de treball que ocupava a l'Ajuntament, rebia al seu correu corporatiu missatges de caràcter oficial adreçats a l'Ajuntament.
- Que al cap de dos mesos d'haver causat baixa mèdica, i veient que la baixa es podia allargar, l'Alcalde va ordenar el redireccionament del seu correu corporatiu amb la finalitat de poder tenir coneixement dels *"avisos oficials, notificacions, etc. que ell rebia a la seva adreça electrònica, i que en aquell moment els llegia des de casa, degut a la seva baixa"*.
- Que va ésser arran d'un correu que l'Ajuntament no va rebre a temps i que va perjudicar l'ens corporatiu en un fet concret i tenint en compte la llarga baixa, que es va procedir al "redireccionament" del correu corporatiu de la persona denunciant. Que aquest redireccionament es va dur a terme tot seguint les instruccions del personal de la Diputació encarregat del domini "diba.cat", i el va executar la Cap d'Administració general des de l'accés restringit de la Diputació "SVUS- sol·licituds d'accés al sistema informàtic", seguint les instruccions de l'ens esmentat. En aquest sentit l'Ajuntament manifesta també que el desviament es va efectuar a un compte de "gmail", que es va obrir per a aquella única finalitat, ja que la Diputació va indicar que no es podia efectuar el redireccionament d'un correu "diba.cat" a un altre "diba.cat".
- Que *"en cap moment es va obrir correu seu personal ni de propaganda, només els de caire oficial i d'interès per l'Ajuntament"*. L'Ajuntament aportà una impressió dels missatges (on hi figurava el remitent i títol del missatge) que va rebre la persona denunciant a la bústia d'entrada del seu correu corporatiu durant el temps en què va durar el desviament del seu correu al correu de gmail.com, en concret, des del 16/06/2010 fins el 05/07/2010, i en què s'assenyalen els missatges que haurien estat oberts per part de la funcionària adjudicatària d'aquella adreça de correu de gmail.
- En relació al moment en què s'hauria atorgat informació a la persona denunciant sobre *"l'ús dels comptes de correu electrònic per part dels treballadors (concretament, si és d'ús professional exclusiu o es permet la seva utilització per a assumptes personals dels*

treballadors), així com les mesures de control sobre el compte de correu electrònic”, l’Ajuntament posa de manifest que aquesta informació s’atorgà a la persona denunciant mitjançant la comunicació de l’Ajuntament de data 05/07/2010 (notificada el 07/07/2010).

- Pel que fa a l’ús de les eines del lloc de treball, l’Ajuntament manifesta que és per a ús exclusiu de les tasques laborals de cadascun dels treballadors i que tot i que sempre hi ha un percentatge mínim de correus personals, periòdicament es recorda al personal que no se n’abusi ni se’n faci un mal ús. Així mateix, l’Ajuntament aporta una còpia de la pàgina del manual intern del personal de l’Ajuntament sobre la utilització d’aquestes eines de treball (pel que fa a la part referent al correu electrònic).

Cinquè.- En data 01/07/2011 la persona denunciant va aportar a aquesta Autoritat una còpia de la Interlocutòria de 06/05/2011 del Jutjat de Primera Instància i Instrucció número 5 de Vilafranca del Penedès en què s’estimava el recurs de reforma interposat per la seva representació davant la Interlocutòria d’arxiu dictada pel mateix Jutjat en data 28/07/2010, de les diligències prèvies núm. XXX/2010 incoades arran de la denúncia presentada davant els Mossos d’Esquadra en data 2/07/2010.

Mitjançant ofici d’01/07/2011 rebut el 18/07/2011, l’òrgan judicial esmentat va requerir a aquesta Autoritat per tal que remetés “*copia del expediente completo que se ha incoado sobre denuncia de (...)*”, remissió que es va fer efectiva mitjançant ofici de 27/07/2011.

Sisè.- En data 21/07/2011, la directora de l’Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra l’Ajuntament de Sant Llorenç d’Hortons per la comissió d’una presumpta infracció de caràcter greu, incardinada en l’article 44.3.d) de la LOPD, d’acord amb la redacció vigent en el moment de produir-se els fets, en relació amb l’article 4.7 de la mateixa disposició legal. Així mateix, va nomenar instructora de l’expedient a la funcionària de l’Autoritat Catalana de Protecció de Dades, XXX, qui va acceptar el càrrec i va incorporar al present procediment les actuacions realitzades durant la fase d’informació prèvia núm.188/2010, mitjançant Provisió de la mateixa data.

De conformitat amb l’article 5 del Decret 278/1993, en la mateixa resolució d’incoació del procediment sancionador es va acordar la suspensió de la tramitació del dit procediment fins que es dictés una resolució per part de l’òrgan judicial penal abans esmentat, atesa la identitat de fet, subjecte i fonament d’ambdós procediments.

La resolució d’acord d’inici i de suspensió del procediment sancionador es va notificar a l’Ajuntament de Sant Llorenç d’Hortons i a la persona denunciant en data 02/08/2011.

Setè.- En data 13/12/2011 es va remetre un ofici al Jutjat d’Instrucció núm. 5 de Vilafranca del Penedès, en què se sol·licitava que, per tal de poder donar compliment al que disposa l’article 5 del Decret 278/1993, s’informés sobre la resolució que s’adoptés en relació a les diligències prèvies XXX/2010.

En data 31/01/2012 va tenir entrada en aquesta Autoritat un ofici del Jutjat d’Instrucció esmentat de 18/01/2012 en què s’informava que el procediment de diligències prèvies

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

XXX/2010 es trobava en fase de resolució del recurs interposat contra la interlocutòria d'arxiu dictada en data 20/12/2011.

Vuitè.- En data 11/04/2012 es va remetre un nou ofici al mateix Jutjat en què, atès el temps transcorregut, se sol·licitava de nou que s'informés sobre la resolució judicial adoptada al respecte. En data 22/06/2012 es va rebre a l'Autoritat escrit del Jutjat d'Instrucció número 5 de Vilafranca del Penedès, mitjançant el qual informava que en data 14/06/2012 s'havia rebut a l'esmentat òrgan judicial testimoniatge de la resolució dictada per l'Audiència Provincial de Barcelona, mitjançant la qual es desestimava el recurs d'apel·lació interposat per la persona aquí denunciada contra les interlocutòries d'arxiu de dates 20/12/2011 i 01/02/2012, procedint així a l'arxiu definitiu del procediment penal.

Novè.- Un cop aquesta Autoritat va tenir coneixement de la resolució judicial esmentada, es va reprendre la tramitació del procediment sancionador, amb la formulació per part de la instructora del plec de càrrecs de data 12/07/2012, que fou notificat a l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons en data 25/07/2012.

En el plec de càrrecs es concedia a l'Ajuntament 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 convenient per a la defensa dels seus interessos.

Desè.- Mitjançant escrit rebut a l'Autoritat en data 08/08/2012, l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons va formular al·legacions al plec de càrrecs, les quals van ésser analitzades a l'apartat segon dels fonaments de dret de la proposta de resolució.

Onzè.- En data 31/10/2012 la persona instructora d'aquest procediment va formular proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades declarés que l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons havia incorregut en una infracció greu prevista a l'article 44.3.d) de la LOPD -en la redacció vigent en el moment de produir-se els fets-, en relació amb l'article 4.7, de la mateixa LOPD. Aquesta proposta de resolució fou notificada a l'entitat imputada en data 06/11/2012, i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

Mitjançant escrit de data 21/11/2012, rebut a l'Autoritat el 22/11/2012, l'Ajuntament ha formulat al·legacions a la proposta de resolució. Tot i haver-se presentat fora de termini, aquestes al·legacions s'analitzen en el fonament de dret segon 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

Únic.- L'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons va desviar entre el 16/06/2010 i el 05/07/2010 el correu corporatiu electrònic (diba.cat) d'un funcionari de l'Ajuntament -aquí denunciada-, a un compte de correu no corporatiu (gmail) corresponent a una altra persona funcionària. Aquest

desviament íntegre dels missatges dirigits a l'adreça de correu electrònic de la persona denunciant, que es va efectuar mentre aquesta estava de baixa, va comportar que altres persones de l'Ajuntament accedissin a la bústia d'entrada del correu corporatiu de la persona denunciant, de manera que van tenir accés a la llista dels missatges que allà figuraven, en els quals hi figurava l'emissor, l'assumpte i la data, aspectes que revelaven la naturalesa personal i no professional d'alguns dels missatges. Aquest accés a informació d'índole personal es va produir sense ni tant sols haver intentat advertir d'aquesta circumstància a la persona afectada.

Fonaments de Dret

Primer.- És d'aplicació al present procediment el previst al Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, segons el previst a la DT 2^a de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades. De conformitat amb l'article 5 i 8 de la Llei 32/2010, la resolució del procediment sancionador correspon a la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

Segon.- En el si d'aquest procediment sancionador, l'Ajuntament ha formulat al·legacions, tant contra el plec de càrrecs –les quals ja foren analitzades en la proposta de resolució formulada per la instructora–, com davant la proposta de resolució. Pel que fa a les al·legacions a la proposta de resolució, cal constatar que s'han presentat cinc dies més enllà del termini concedit a l'efecte, si bé es considera oportú donar resposta a les dites al·legacions, després d'abordar en primer terme l'al·legació que havia formulat l'Ajuntament davant el plec de càrrecs.

2.1.- Fets provats a la resolució judicial de l'àmbit penal.

En la seva al·legació única davant el plec de càrrecs, l'Ajuntament esgrimia i transcrivía una part del raonament jurídic de la Interlocutòria de 04/05/2012, de l'Audiència Provincial de Barcelona, que confirmava íntegrament la Interlocutòria de sobreseïment dictada pel Jutjat d'Instrucció núm. 5 de Vilafranca del Penedès en les diligències prèvies XXX/2010. De la part transcrita de la Interlocutòria esmentada, l'Ajuntament en subratllava la següent: "*Las diligencias practicadas no permiten proseguir la instrucción de la causa pues resulta indiciariamente acreditado que la acción de desviar el correo se debió a la situación de baja del funcionario y no consta que se abriera su correo personal, solo aquellos que eran de destino profesional para el funcionamiento del Consistorio (...)*".

En relació a aquesta al·legació, cal efectuar les consideracions següents, d'acord amb el que ja avançava la persona instructora a la proposta de resolució. Certament, amb caràcter general, el relat de fets provats efectuat en una resolució judicial penal ferma vincula a l'òrgan administratiu que exerceix la potestat sancionadora, segons determina l'article 137.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPA), i també l'article 5 del Decret 278/1993. Cal posar de manifest però, que en la resolució judicial esgrimida per l'Ajuntament, no hi ha tal relat de fets provats, la qual cosa per sí mateix ja descarta la vinculació esmentada.

En qualsevol cas, aquesta vinculació pel que fa a la descripció o apreciació dels fets efectuada per la resolució judicial penal no exclou la possibilitat que se'n variï la seva valoració o qualificació en el procediment administratiu sancionador, segons doctrina jurisprudencial reiterada, de la qual n'és una mostra la STS 01/03/2005. En aquest sentit, cal tenir en compte que la resolució judicial esgrimida per l'Ajuntament analitzava si la conducta allà investigada es podia subsumir en el delictes de descobriment i revelació de secrets tipificat a l'article 197 del Codi Penal, i conclou que no es va cometre tal delictes. Però això no impedeix que en relació als mateixos fets, l'Administració a qui correspon exercir la potestat sancionadora –aquesta Autoritat- consideri que sí són constitutius d'infracció administrativa.

Un cop efectuada aquesta precisió, cal posar de manifest, com ja s'exposava a la proposta de resolució, que els fets que s'imputen a l'Ajuntament en aquest procediment sancionador, en cap cas no es contradueixen amb el relat fàctic efectuat a la interlocutòria judicial per tal de justificar la no procedència d'imputació de delictes. Així, en la resolució judicial invocada per l'Ajuntament es considera acreditat de forma indiciària, d'una banda que el desviament del correu electrònic obeïa a la situació de baixa de l'aquí denunciante, i d'altra, que no consta que s'obris cap missatge de correu personal sinó només els de contingut professional. Doncs bé, aquestes consideracions no entren en contradicció amb els fets imputats al plec de càrrecs i després inclosos a l'apartat de fets provats de la proposta de resolució i d'aquesta resolució. Tal com s'observa en els apartats esmentats, en cap moment no s'imputa a l'Ajuntament que hagués accedit al contingut dels missatges de correu personal que la persona denunciante va rebre al compte de correu electrònic facilitat per l'Ajuntament, sinó el fet que hagués efectuat un desviament íntegre del seu correu mentre es trobava de baixa, accedint així a tots els missatges que es rebien a la bústia d'entrada (tant els personals com els professionals). Aquest accés al compte de correu de l'aquí denunciante, i la consegüent visualització de la llista dels missatges rebuts d'índole personal (sense accedir al seu contingut), significava per sí mateix l'accés a dades de caràcter personal de l'aquí denunciante. I de les actuacions practicades es desprèn que aquest accés a dades personals es va dur a terme sense ni tant sols haver intentat advertir d'aquesta circumstància a la persona afectada. Doncs bé, és precisament aquesta circumstància, consistent en no haver intentat advertir o informar la persona afectada del redireccionament dels missatges rebuts al seu correu corporatiu, el que porta a qualificar com a deslleial el dit accés, des de la perspectiva de normativa de protecció de dades, i atesos els motius que s'expliciten en el fonament de dret tercer.

És per tot això que l'al·legació única esgrimida per l'Ajuntament davant el plec de càrrecs, no pot prosperar, com ja avançava la persona instructora en formular la proposta de resolució.

2.2.- Manca de necessitat del consentiment de la persona afectada en el tractament de dades objecte d'imputació, atès que es perseguia una finalitat legítima en l'àmbit laboral.

En primer lloc, l'entitat imputada reconeix que amb l'accés a la bústia d'entrada del compte de correu electrònic corporatiu de la persona denunciante, i la consegüent visualització de la llista de missatges d'índole personal rebuts (sense accedir però al seu contingut), es va produir un tractament de dades de caràcter personal relatiu a la persona denunciante. Afegeix però que dit tractament de dades de caràcter personal era legítim perquè no requeria del consentiment previ de la persona denunciante. En aquest sentit manifesta que és d'aplicació al cas que ens

ocupa l'excepció de la necessitat de consentiment prevista a l'article 6.2 de la LOPD, atesa l'existència d'una relació laboral o administrativa entre la corporació local i la persona afectada que feia necessari dit tractament per al desenvolupament de l'esmentada relació jurídica. I afegeix també que existia una norma amb rang legal que habilitava dit tractament de dades efectuat per part de l'Ajuntament, sense necessitat de disposar del consentiment de l'afectat, en concret l'article 20 del Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors (d'ara endavant ET), com ja s'havia posat de manifest a la proposta de resolució. En relació a aquestes manifestacions cal efectuar les consideracions següents.

És cert que en el cas que ens ocupa, ateses les circumstàncies concurrents, es pot considerar que l'Ajuntament no requeria del consentiment previ de la persona afectada per tal d'accedir al compte de correu electrònic corporatiu personalitzat, i es per això també que en cap moment s'ha imputat l'Ajuntament que hagi vulnerat dit principi recollit a l'article 6 de la LOPD. A aquest respecte, en la proposta de resolució la persona instructora feia constar el següent:

"Com a punt de partida cal constatar que el correu electrònic corporatiu no forma part de l'esfera privada del treballador, sinó que és un instrument de producció, propietat de la corporació local, que l'Ajuntament posa a disposició dels seus empleats per tal d'executar la prestació d'un treball.

Aquesta circumstància confereix a l'Ajuntament, en la seva condició "d'empresari" la facultat de direcció i control de l'ús d'aquesta eina de treball per tal de verificar el compliment de la prestació de treball, d'acord amb el que determina l'article 20 del Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors, i permet, al seu torn, tractar dades de les persones que presten servei a la seva entitat, sense la necessitat d'haver recavat el seu consentiment."

Ara bé, és evident que el fet que un tractament de dades personals no requereixi del consentiment previ de l'afectat, no el converteix "per se" en legítim. Tal com ja es feia constar també a la proposta de resolució, per a que aquest tractament pugui ésser considerat legítim ha de respectar lògicament el marc normatiu aplicable (entre ells, l'article 4 de la LOPD que regula el principi de qualitat de dades) i els límits establerts per la doctrina jurisprudencial, i són aquests els que acotaran la legitimació en el control o la utilització del compte de correu electrònic en l'àmbit laboral, amb la finalitat de garantir la continuïtat de l'activitat laboral com és el cas que ens ocupa.

I és en aplicació d'aquests límits que, d'acord amb els arguments que s'exposaran de manera detallada en el proper fonament de dret, es considera que el tractament de dades dut a terme per l'Ajuntament és il·legítim, però no per vulneració de l'article 6 de la LOPD (que regula el principi de consentiment), sinó per vulneració del principi de qualitat de dades consagrat a l'article 4 de la LOPD, i en concret de l'article 4.7 de la LOPD, com ja s'ha esmentat anteriorment.

En clara connexió amb l'al·legació anterior, l'Ajuntament manifesta de manera reiterada i dispersa en el seu escrit d'al·legacions, que el control de l'eina de treball de la persona denunciant obeïa a una finalitat determinada, explícita i legítima. Així doncs, exposa literalment *“en el cas que ens ocupa la mesura de control o intervenció de l'empresari ha estat redirreccionar o desviar l'adreça de correu electrònic d'un treballador mentre aquest estava de baixa, amb la clara, acreditada i legítima finalitat de garantir la continuïtat de l'activitat laboral davant l'absència del treballador (...). La finalitat perseguida per l'Ajuntament era detectar els missatges professionals i accedir-ne al contingut, buscant així un benefici per a l'interès general de l'Ajuntament (...).”*

En relació amb aquesta al·legació vinculada a la finalitat perseguida per l'Ajuntament, cal posar de manifest que en cap cas no s'ha considerat que aquesta finalitat de *“garantir la continuïtat de l'activitat laboral”* durant l'absència del treballador, fos il·legítima. Així doncs, com ja ha s'ha avançat en donar resposta a l'anterior al·legació, certament s'admet que es pot qualificar de legítima la finalitat perseguida per l'Ajuntament. Ara bé, l'existència d'una finalitat legítima, no exclou tampoc -com succeïa en relació al principi del consentiment- la necessitat de complir amb la resta de principis i garanties que estableix la normativa i la doctrina jurisprudencial aplicables, la qual cosa ens porta a contestar la següent al·legació, relativa al principi de proporcionalitat.

2.3.- Inexistència de tractament deslleial, per compliment del principi de proporcionalitat.

L'Ajuntament manifesta que el tractament de dades personals dut a terme no es pot considerar en cap cas de deslleial, sinó que ha estat proporcional i adequat a les circumstàncies concurrents, atesa la seva finalitat determinada i explícita, i que en cap cas ha vulnerat el principi de qualitat o de proporcionalitat. Afegeix que amb la finalitat legítima abans esmentada, en què es buscava un benefici per a l'interès general de l'Ajuntament, la intenció era detectar els missatges professionals rebuts per la persona denunciant i accedir-ne al contingut, i això va comportar també visualitzar la llista dels missatges personals rebuts, però que en cap cas no es va produir una obertura d'aquests, que és el que realment es podria haver considerat desproporcionat i excessiu. L'Ajuntament manifesta també que la mesura adoptada compleix amb l'anomenat “judici de proporcionalitat” elaborat per la jurisprudència (i invoca a tal efecte la sentència del TC núm.207/1996), i en concret, amb una de les exigències de dit principi, perquè no existia cap altra mesura més moderada per a la consecució del propòsit de l'Ajuntament. En relació a aquesta al·legació cal efectuar les següents consideracions.

En primer terme cal recordar que el principi de qualitat de dades, que ha de regir qualsevol tractament de dades que es trobi sotmès a la LOPD, es troba consagrat a l'article 4 de la LOPD. Aquest principi de qualitat de dades presenta diferents vessants, entre elles el principi de proporcionalitat esgrimit per l'Ajuntament, regulat en concret a l'article 4.1 de la LOPD, segons el qual només es poden tractar aquelles dades personals que resultin pertinents, adequades i no excessives d'acord amb la finalitat que justifiqui aquest tractament. I entre d'altres manifestacions del principi de qualitat de dades, es troba el principi de prohibició de recollida de dades per mitjans fraudulents, deslleials o il·lícits, a l'apartat 4.7 de dita llei, la

vulneració del qual s'imputa específicament en aquest procediment, en allò referent al tractament deslleial.

Així doncs, no s'imputa l'Ajuntament una vulneració del principi de proporcionalitat, entès com que s'hagin tractat més dades de les que resultaven necessàries per aconseguir la finalitat perseguida. Allò que es considera reprovable i constitutiu d'infracció és la manera com l'Ajuntament va dur a terme el tractament de dades de la persona denunciada, tal com s'exposarà amb més detall en el fonament de dret següent, en el sentit que l'accés al compte de correu corporatiu, i el consegüent accés a les seves dades personals derivat de la visualització de la llista de missatges d'índole personal rebuts, s'efectués sense ni tant sols haver intentat advertir d'aquesta circumstància a la persona afectada de manera prèvia, ni sense que amb anterioritat se l'hagués imposat la prohibició absoluta de l'ús personal del correu corporatiu, prohibició que l'impedís generar una "expectativa de confidencialitat" en cas de fer-ne un ús personal, encara que fos de manera accessòria.

En aquest sentit, el propi Ajuntament reconeix a la seva al·legació que no s'ha efectuat cap avís previ a la persona denunciada, i això malgrat haver admès que aquesta accedia al correu electrònic des del seu domicili, la qual cosa facilitava contactar amb ella a tal efecte. En aquest sentit, manifesta l'Ajuntament el següent:

"Certament, al denunciada se li ha generat una expectativa de confidencialitat respecte del seu correu electrònic, perquè no hi ha una instrucció expressa de l'Ajuntament en el sentit de prohibir-ne l'ús per a fins personals, però el correu electrònic no deixa de ser una eina de treball i per tant susceptible de control, respecte del que no cal el consentiment de l'interessat, més enllà de què n'hi hagi certa tolerància amb un ús per fins personals. "

És evident que no es pot admetre, com pretén l'Ajuntament, que el fet que hi hagi certa tolerància del l'ús del correu corporatiu per fins personals, no tingui cap incidència en relació amb l'accés per part de l'Ajuntament al dit correu, i a la informació personal que se'n deriva, sense ni tant sols donar l'opció a la persona afectada, a que elimini la informació de caire no professional que se'n pugui desprendre, abans de procedir al desviament íntegre del correu per tal de garantir la continuïtat de l'activitat laboral.

En aquest punt cal assenyalar que la doctrina jurisprudencial (Sentències del TS de 26/09/2007 i 06/10/2011) en aquesta matèria ha determinat que per tal de considerar legítima una mesura de control de l'eina de treball duta a terme per l'empleador, consistent en accedir al correu electrònic dels treballadors i el consegüent tractament de dades personals, es requereix advertir prèviament de la prohibició absoluta de l'ús personal d'aquests mitjans, doncs només d'aquesta manera es deixarà de crear una "expectativa raonable de confidencialitat" en l'ús de l'eina de treball.

Per altra banda, pel que fa a la manifestació de l'Ajuntament relativa a que la mesura adoptada compleix amb el "judici de proporcionalitat", i en concret amb un dels requisits d'aquest principi, perquè l'Ajuntament no disposava de cap altra mesura més moderada per a la consecució del seu propòsit, cal tenir en compte el següent.

La doctrina jurisprudencial sobre aquest principi de proporcionalitat (per totes, la Sentència del Tribunal Suprem de 02/07/2007 i la Interlocutòria del Tribunal Constitucional de 26/02/2007), estableix una sèrie de requisits per tal de comprovar si una mesura restrictiva d'un dret fonamental, com és el dret a la protecció de dades de caràcter personal, és respectuosa amb el principi de proporcionalitat. En aquest sentit, la jurisprudència assenyala que per tal que una mesura sigui considerada proporcional, caldrà que compleixi amb tres requisits: a) que sigui necessària, en el sentit que no existeixi una altra més moderada per a la consecució d'aquest propòsit amb la mateixa eficàcia (judici de necessitat); b) que sigui susceptible d'aconseguir l'objectiu proposat (judici d'idoneïtat); i, c) que se'n derivin més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre altres béns o valors en conflicte (judici de proporcionalitat en sentit estricte).

El primer requisit relatiu al judici de necessitat, fa referència a que la mesura restrictiva de drets fonamentals sigui necessària, en el sentit que no existeixi una altra més moderada per a la consecució d'aquest propòsit amb la mateixa eficàcia, de manera que, si la finalitat del tractament es pot aconseguir mitjançant la realització d'una activitat diferent al tractament efectuat, sense que aquesta finalitat sigui alterada o perjudicada, s'hauria d'optar per aquesta última, atès que el tractament de les dades de caràcter personal suposa, tal com consagra el Tribunal Constitucional, en la Sentència 292/2000, de 30 de novembre, una limitació al dret de la persona a disposar de la informació que es refereixi a si mateixa.

L'Ajuntament manifesta que en el cas que ens ocupa complia amb dit "judici de necessitat", perquè no disposava de cap altra mesura més moderada per a la consecució del seu objectiu legítim, és a dir garantir la continuïtat del servei. Això seria així només en cas d'haver intentat de forma infructuosa haver advertit la persona afectada, intent que el propi Ajuntament ve a admetre que no va fer. A aquest respecte, cal insistir novament en què a l'Ajuntament li hagués estat molt fàcil advertir la persona denunciant de manera prèvia sobre l'accés al seu correu electrònic corporatiu, atès que hi accedia des del seu domicili.

A l'últim, cal posar de manifest que quan l'Ajuntament invoca el Document de Treball del Grup de l'article 29 de la Directiva 95/46/CE, sobre la vigilància de les comunicacions electròniques en el lloc de treball, de 29/05/2002, en què s'estableixen quins són els principis que s'han de respectar per tal que una activitat de control es consideri legítima, obvia esmentar que en el mateix apartat que invoca sobre el principi de proporcionalitat, es contenen mencions expressives i reiterades a la necessitat de cercar altres alternatives menys intrusives. A més, l'Ajuntament obvia també que en aquest mateix Document figura un apartat relatiu al principi de transparència (pàgina 14 del document) en el qual es preveu l'obligació de proporcionar al treballador una informació completa i prèvia sobre les circumstàncies particulars que poden justificar la mesura excepcional de control, així com l'abast i àmbit d'aplicació.

2.4.- Incompliment dels principis de legalitat i tipicitat.

L'Ajuntament manifesta que *"mantenir que l'actuació de l'Ajuntament ha estat deslleial, als efectes de l'article 4.7 de la LOPD, es fer una interpretació extensiva del precepte que no s'avé als principis de qualsevol Dret sancionador, on no s'hi valen les interpretacions extensives, sinó que són d'aplicació els principis de tipicitat i legalitat"*.

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

Tal com es feia constar a l'acord d'inici i el plec de càrrecs, així com a la proposta de resolució, els tipus infractors previstos a l'article 44 LOPD han estat modificats per la disposició addicional 56a de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, que va entrar en vigor l'endemà de la seva publicació (BOE de 05/03/2011). No obstant l'anterior, d'acord amb el principi 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 i del procediment administratiu comú), 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, circumstància que no es dóna en el present cas, d'acord amb el que ja s'advertia.

És per això que en el present procediment sancionador s'imputa la comissió de la infracció de naturalesa greu prevista a l'article 44.3.d), en la seva redacció vigent en el moment de produir-se els fets, que considerava una infracció de caràcter greu:

"Tractar les dades de caràcter personal o utilitzar-les posteriorment amb conculcació dels principis i les garanties que estableix aquesta Llei o amb incompliment dels preceptes de protecció que imposin les disposicions reglamentàries de desplegament, quan no constitueixi infracció molt greu".

Així, en aquest precepte es tipifica com a greu la conculcació dels principis previstos a la LOPD, als quals es remet aquest tipus infractor. Doncs bé, un d'aquests principis és el de qualitat de les dades, consagrat a l'article 4 de la LOPD en el qual es contenen diverses manifestacions, sent d'aplicació aquí les previsions de l'apartat 4.7 de la LOPD, que conté la prohibició de recollida de dades per mitjans deslleials, sense que s'hagi efectuat en cap cas la interpretació extensiva que esgrimeix l'Ajuntament.

En aquest sentit, si bé és cert que el tipus infractor aplicat tenia un abast ampli per incloure la conculcació als principis i garanties de la LOPD, cal dir que es tracta d'un precepte avalat per la doctrina jurisprudencial, per totes la Sentència de l'Audiència Nacional de 07/11/2002 dictada en el recurs núm. 751/2001, en la qual es descartava que pogués plantejar problemes des de la perspectiva dels principis de legalitat i de tipicitat: *"esta Sala considera que la redacció dada al precepte no es tan genérica o imprecisa como para considerar que no cumple aquella exigencia constitucional de predeterminación suficiente del ilícito tal y como ha sido definida y perfilada en la jurisprudencia constitucional"*.

Sobre la base de tot el que s'ha exposat fins aquí, el conjunt d'al·legacions formulades per l'Ajuntament, tant davant el plec de càrrecs com en el tràmit d'audiència, no poden reeixir.

Tercer.- Com ja s'ha vist, l'article 44.3.d) de la LOPD, en la redacció vigent al moment de produir-se els fets, tipificava com una infracció de caràcter greu:

"Tractar les dades de caràcter personal o utilitzar-les posteriorment amb conculcació dels principis i les garanties que estableix aquesta Llei o amb incompliment dels preceptes de

protecció que imposin les disposicions reglamentàries de desplegament, quan no constitueixi infracció molt greu”.

Com també s'ha esmentat, un dels principis a què aquest article fa referència és el principi de qualitat de les dades establert a l'article 4 de la LOPD, principi que presenta diferents vessants i que ha de regir en qualsevol tractament de dades que es trobi sotmès a la LOPD, com ho és l'accés al compte de correu electrònic corporatiu d'un treballador. En aquest sentit, l'article 4.7 de la LOPD, disposa que: *“Es prohibeix la recollida de dades per mitjans fraudulents, deslleials o il·lícits.”* En el cas que ens ocupa, es considera que l'Ajuntament va recollir informació relativa a la persona denunciant, de forma deslleial, per les raons que ja s'han exposat en el fonament de dret precedent, i les que s'assenyalen tot seguit.

El correu electrònic corporatiu no forma part de l'esfera privada del treballador, sinó que és un instrument de producció, propietat de la corporació local, que l'Ajuntament posa a disposició dels seus empleats per tal d'executar la prestació d'un treball. Aquesta circumstància confereix a l'Ajuntament, en la seva condició “d'empresari” la facultat de direcció i control de l'ús d'aquesta eina de treball per tal de verificar el compliment de la prestació de treball, d'acord amb el que determina l'article 20 del Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'estatut dels treballadors, i permet, al seu torn, tractar dades de les persones que presten servei a la seva entitat, sense la necessitat d'haver recavat el seu consentiment.

Ara bé, aquest tractament no pot ser indiscriminat, sinó que s'ha d'acotar dins dels marges que la normativa i la jurisprudència entenen com legítims, salvaguardant en tot cas el dret a la dignitat del treballador. En aquesta línia s'ha pronunciat el Tribunal Superior de Justícia de Madrid en la recent sentència de data 23/12/2011.

“Planteada así la cuestión, debe recordarse que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). Es, en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral [SSTC 73/1982 (RTC 19823); 120/1983 (RTC 198320); 19/1985 (RTC 19859); 170/1987 ; 6/1988 (RTC 1988); 129/1989 ó 126/1990 (RTC 199026), entre otras(...)].”

Així doncs, aquest dret que habilita l'empresari a efectuar un control de les eines de treball, ha de respectar el marc normatiu aplicable i els límits establerts per la doctrina jurisprudencial, especialment els referits al respecte als drets fonamentals dels treballadors, i en particular, a

la intimitat personal i familiar, l'honor i la pròpia imatge, la protecció de dades personals i el secret de les comunicacions.

Lligat amb el respecte a aquests drets fonamentals, la doctrina del Tribunal Suprem (Sentències del TS de 26/09/2007 i 06/10/2011) supedita o condiona la legitimitat del control de l'ordinador o qualsevol mitjà que l'empresari facilita al treballador -doctrina que es fa extensible a la utilització del compte de correu electrònic-, ja sigui amb la finalitat de verificar el compliment de les obligacions laborals, o amb la finalitat de garantir la continuïtat de l'activitat laboral per absència del treballador, al compliment per part de l'empresari del deure d'informar de manera prèvia sobre els usos permesos en els mitjans que posa a la seva disposició i en el seu cas sobre quines són les mesures de control dels sistemes d'informació.

El Tribunal Suprem parteix del pressupòsit que existeix un hàbit generalitzat de tolerància a certs usos personals dels mitjans informàtics de l'empresa, i considera que això crea una *"expectativa raonable de confidencialitat"* de l'ús que es faci d'aquests mitjans i de l'existència d'un àmbit protegit per a la seva intimitat. Per tant, si l'empresari vol efectuar un control dels mitjans informàtics, o més concretament accedir al correu electrònic corporatiu d'un treballador, ha d'haver advertit de manera prèvia que existeix una prohibició absoluta de l'ús personal d'aquests mitjans, doncs només l'existència d'aquesta prohibició determina que no existeixi una situació de tolerància amb l'ús personal del sistema informàtic, i que consegüentment no existeixi tampoc una expectativa raonable d'intimitat

En el cas que ens ocupa, l'Ajuntament ha reconegut que de manera prèvia al desviament íntegre dels missatges rebuts al correu corporatiu de la persona aquí denunciada, ni el va informar del fet que es procediria a dur a terme aquesta mesura, ni tampoc existia una instrucció expressa en el sentit de prohibir de manera absoluta els usos personals del correu corporatiu o sobre la possibilitat de control o accés per part de la corporació. De fet, només es té constància de la comunicació de l'Ajuntament de 05/07/2010, notificada el 07/07/2010 a la persona afectada, és a dir quan ja s'havia accedit a la bústia d'entrada del correu, i consegüentment a la informació personal que se'n derivava, i fins i tot quan ja s'havia deixat sense efecte el desviament controvertit.

Aquesta manca d'informació, advertència o prohibició de l'ús personal del correu corporatiu i de la consegüent possibilitat de control, va generar en l'empleat la lògica expectativa de poder-ne fer un ús personal, encara que fos de manera accessòria, i també la creença que existia una situació de tolerància per aquest ús, de manera que es va generar així una expectativa de confidencialitat. Així les coses, l'accés per part de l'Ajuntament a la bústia d'entrada del compte de correu del treballador mitjançant el seu desviament íntegre, mentre l'afectat es trobava de baixa i sense que se l'hagués intentat advertir d'aquest accés, implica un tractament de dades de caràcter deslleial, que vulnera la prohibició establerta a l'article 4.7 de la LOPD, i al seu torn es considera contrari al principi de qualitat de les dades al qual es refereix l'article 4 de la LOPD.

Per tot això, es considera que l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons, ha comès la infracció greu prevista a l'article 44.3.d) de la LOPD, en relació amb l'article 4.7 del mateix cos legal.

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

Quart.- L'article 21.2 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.

En el cas present, però, la infracció es va cometre com a conseqüència d'un fet aïllat amb el qual es van consumir els seus efectes, i també es té en compte que el mateix Ajuntament, ja abans d'incoar el present procediment sancionador havia deixat sense efecte el desviament del correu controvertit. És per això que es considera que no procedeix la imposició de mesures correctores.

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'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons ha comès una infracció prevista a l'article 44.3.d), en relació amb l'article 4.7, ambdós de la LOPD, en la seva redacció vigent en el moment de produir-se els fets, sense que resulti necessària l'adopció de mesures correctores, pels motius assenyalats al fonament de dret quart.

Segon.- Notificar aquesta resolució a l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons.

Tercer.- Ordenar la publicació d'aquesta 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 l'article 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, l'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons 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'Ajuntament de Sant Llorenç d'Hortons pot interposar qualsevol altre recurs que consideri convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

M. Àngels Barbarà i Fondevila

Barcelona, 7 de desembre de 2012