N/REF: 275653/2016

La consulta plantea si resulta adecuado a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que por parte de una empresa se den instrucciones a sus empleados para que desde sus cuentas de correo electrónico corporativo con formato de nombre, apellidos y nombre de la organización, se remitan mensajes a una cuenta de gmail gratuita abierta por la propia empresa. Según señalan los mensajes enviados a la cuenta de gmail contienen informes con datos de carácter personal de terceros a los que les resultaría de aplicación las medidas de seguridad de nivel medio.

Como punto de partida, debe indicarse que la legislación de protección de datos no resulta en sí misma aplicable de modo directo a la creación de una cuenta de correo electrónico. No obstante, dicha creación y el uso de dicha cuenta implicará el tratamiento por parte del prestador de ese servicio de los datos de carácter personal del usuario, lo que hace que sí hayan de ser tenidas en cuenta las mencionadas normas.

Dicho esto, se parte del hecho de que la empresa ha creado una cuenta de gmail corporativa para la recepción de información con datos de carácter personal. Se desconoce la finalidad del envío y quien recibe la información. Ello no obstante, si se trata de un procedimiento creado por la empresa en el ámbito de su funcionamiento interno, sería preciso tener en cuenta que el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, dispone que *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”,* añadiendo el artículo 6.2 que dicho consentimiento no será preciso cuando los datos *“se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”.*

Atendiendo a lo que acabamos de indicar, de los escuetos términos de la consulta, podemos señalar que la creación de cuentas de correo electrónico a los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, puede entenderse como un tratamiento que resulta necesario para el adecuado desarrollo de la

relación laboral que vincula a los trabajadores con la empresa, no siendo así necesario su consentimiento para el tratamiento de tales datos.

De este modo, la propia empresa asume la responsabilidad por el mencionado tratamiento, que sólo podría llevarse a cabo para el cumplimiento de fines estrictamente laborales.

Asimismo, el responsable del fichero deberá adoptar las correspondientes medidas de seguridad, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual *"El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural."*

El número 2 de dicho precepto prohíbe el registro de datos de carácter personal en ficheros *"que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas."*

Debe, además, recordarse que, como ha señalado reiteradamente la Audiencia Nacional en sus sentencias (por todas ellas SAN de 6-10-2011), la seguridad constituye una obligación de resultado consistente en que se adopten las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o acaben en manos de terceros.

En todo caso, resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta el hecho de que la consulta plantea la posible apertura de cuentas de correo electrónico en determinados proveedores de este tipo de servicios, como puede ser el servicio de Gmail gratuito de Google y las expectativas en lo que se refiere a la privacidad de la información que se recibe en esas cuentas de correo.

En este sentido, para que ello sea posible, los mencionados proveedores deberían mantener en relación con el tratamiento de datos derivados de la apertura de cuentas de correo la condición de encargado del tratamiento, siendo de aplicación a los mismos el régimen establecido en el artículo 12 de la

Ley Orgánica 15/1999 y en la Sección Tercera del Capítulo II de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

En particular, debe recordarse que, conforme dispone el artículo 12.2 de la Ley Orgánica *"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",* añadiendo el precepto que *"En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar".*

Asimismo, el artículo 12.4 dispone que *"En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personal".*

La cuestión se plantea por el hecho de que las condiciones generales de privacidad de los proveedores de estos servicios, y en particular del que se cita en la consulta, suelen implicar el tratamiento de datos de los titulares de las cuentas y el posible análisis del contenido de los corren que se dirigen a las misma para determinadas finalidades que en ningún caso podrían encajar entre las que justificarían el tratamiento de los datos sin consentimiento de los interesado, pudiendo en particular hacerse referencia al posible uso de los datos para finalidades relacionadas con la remisión publicitaria asociada al correo recibido o enviado.

De este modo, en tanto los proveedores del servicio empleasen los datos para estas finalidades, su posición jurídica no podría ser la de encargado del tratamiento, generándose una relación directa entre aquéllos y el interesado que otorgaría a los mismos la condición de responsable, tal y como determina el artículo 20.1, párrafo último, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, así como el ya citado artículo 12.4 de la Ley Orgánica 15/1999.

Ello sí exigiría que los interesados debieran prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos asociados a la creación de la cuenta de correo electrónico, en lo que se refiere a cualquier uso de los datos que excediera de la relación laboral entre empleado y empleador.

No obstante, teniendo en cuenta que según se señala, la cuenta sería creada para la recepción de información con datos de carácter personal sometidos a medidas de nivel medio, debe recordarse que el Título VIII del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, establece una serie de medidas de obligado cumplimiento que habrían de ser respetadas tanto en lo referente al acceso a los datos como en lo que atañe a su transmisión a través de comunicaciones electrónicas.

En cuanto a la remisión de documentos por correo electrónico conteniendo según señalan, *"informes con datos personales de terceros correspondientes a un fichero inscrito con nivel de seguridad medio"*, debe tenerse en consideración, en primer lugar, que el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 establece en su artículo 85 que *"Las medidas de seguridad exigibles a los accesos a datos de carácter personal a través de redes de comunicaciones, sean o no públicas, deberán garantizar un nivel de seguridad equivalente al correspondiente a los accesos en modo local, conforme a los criterios establecidos en el artículo 80."*

El envío de ficheros con datos de carácter personal mediante correo electrónico conlleva ciertos riesgos específicos que deberán ser analizados por el responsable del fichero y, en su caso, por el encargado del tratamiento para establecer las medidas técnicas y organizativas que deben implantarse para controlar los riesgos inherentes a la utilización de dichos medios, en función de los tipos de datos que vayan ser objeto de transmisión

Así, en primer lugar, y como medida exigible en la totalidad de los casos, el artículo 89 del Reglamento dispone que *"las funciones y obligaciones de cada uno de los usuarios o perfiles de usuarios con acceso a los datos de carácter personal y a los sistemas de información estarán claramente definidas y documentadas en el documento de seguridad. También se definirán las funciones de control o autorizaciones delegadas por el responsable del fichero o tratamiento".*

A su vez el artículo 91.1 dispone que *"Los usuarios tendrán acceso únicamente a aquellos recursos que precisen para el desarrollo de sus funciones", aclarando el artículo 91.3 que "el responsable del fichero establecerá mecanismos para evitar que un usuario pueda acceder a recursos con derechos distintos de los autorizados".*

Cuando el documento a enviar forme parte de un fichero sobre el que deban adoptarse medidas de nivel básico dispone al respecto el artículo 92.2 que *"La salida de soportes y documentos que contengan datos de carácter personal, incluidos los comprendidos y/o anejos a un correo electrónico, fuera de los locales bajo el control del responsable del fichero o tratamiento deberá ser autorizada por el responsable del fichero o encontrarse debidamente autorizada en el documento de seguridad."* Mientras que su número 3 señala que *"En el traslado de la documentación se adoptarán las medidas dirigidas a evitar la sustracción, pérdida o acceso indebido a la información durante su transporte."*

En el supuesto en que el fichero deba adoptar medidas de nivel medio, además de lo anteriormente señalado debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 97.2 conforme al cual *"Igualmente, se dispondrá de un sistema de registro de salida de soportes que permita, directa o indirectamente, conocer el tipo de documento o soporte, la fecha y hora, el destinatario, el número de documentos o soportes incluidos en el envío, el tipo de información que contienen, la forma de envío y la persona responsable de la entrega que deberá estar debidamente autorizada."*

Teniendo estas circunstancias en cuenta y aún cuando el Reglamento no se refiera a la cuestión planteada en la consulta, la prudencia y garantía en el cumplimiento de las medidas de seguridad a las que se ha venido haciendo referencia parece aconsejar que la creación de cuentas de correo electrónico desde las que se remitan datos sometidos a medidas de seguridad de nivel medio se sujete a cautelas que permitan garantizar, por una parte, la identificación del remitente de la información, a fin de verificar que el mismo tiene acceso autorizado a los datos objeto de la comunicación y, por otra, que dicha comunicación se efectuará con las garantías previstas en el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

Por ello, debería en principio optarse por la atribución de direcciones específicas a cada uno de los usuarios autorizados o, en caso contrario, que el acceso a las correspondientes cuentas de correo electrónico se encuentre limitado a quienes efectivamente pudieran transmitir los datos a los que se refiere la consulta.

Respecto a la utilización de un servicio gratuito de correo electrónico como Gmail, en términos generales, puede suponer un riesgo para la privacidad de la información que se transmite, teniendo en cuenta que, la empresa como usuario de este servicio, puede estar autorizando el tratamiento de su cuenta de correo y del contenido de sus mensajes para que se asocie publicidad personalizada y de que los servicios se mantienen con los ingresos procedentes de la publicidad y pueden mostrar anuncios y promociones. O lo

que es lo mismo, que el precio del servicio que paga el usuario es autorizar el tratamiento de sus datos personales para recibir publicidad.

Por otro lado, del nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos -RGPD), de aplicación a partir del 25 de mayo de 2018, en cuanto a las medidas de seguridad a aplicar señala en el Considerando 84 lo siguiente:

"A fin de mantener la seguridad y evitar que el tratamiento infrinja lo dispuesto en el presente Reglamento, el responsable o el encargado deben evaluar los riesgos inherentes al tratamiento y aplicar medidas para mitigarlos, como el cifrado. Estas medidas deben garantizar un nivel de seguridad adecuado, incluida la confidencialidad, teniendo en cuenta el estado de la técnica y el coste de su aplicación con respecto a los riesgos y la naturaleza de los datos personales que deban protegerse. Al evaluar el riesgo en relación con la seguridad de los datos, se deben tener en cuenta los riesgos que se derivan del tratamiento de los datos personales, como la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos, susceptibles en particular de ocasionar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales."

Por último señalar que no procede analizar la política de privacidad de Gmail, cuya última modificación se ha producido el pasado 17 de abril de 2017. En todo caso, se señala que Google, a requerimiento de las Autoridades Europeas de Protección de Datos, entre las que se incluya la Agencia Española de Protección de Datos, viene introduciendo numerosos cambios en la política de privacidad de todos sus servicios, entre los que se encuentra el servicio Gmail.