**Procedimiento Nº: A/00059/2015**

**RESOLUCIÓN: R/02189/2015**

En el procedimiento A/00059/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad D. ***B.B.B.***, vista la denuncia presentada por Dña. ***A.A.A.*** y en virtud de los siguientes,

## ANTECEDENTES

**PRIMERO:** En fechas 22/05/2014 y 24/09/2014 tuvieron entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), escrito presentado por Dña. ***A.A.A.*** (en lo sucesivo la denunciante), en los que manifiesta lo siguiente:

Que aprovechando su baja la empresa en la que trabajaba, esto es, la gestoría de D. ***B.B.B.*** (en lo sucesivo el denunciado) decidió proceder a su despido.

Que la empresa ha procedido al acceso de su correo electrónico personal, no corporativo, sin su consentimiento ni conocimiento, leyendo el contenido de los mismos y difundiéndolo.

Que dichas circunstancias constan en el escrito remitido por la empresa a la denunciante en la carta de despido y que textualmente indica lo siguiente:

*"Por medio de la presente, lamento tener que comunicarle que con fecha de hoy 18 de marzo de 2014 queda rescindido el contrato de trabajo que le vincula a esta Empresa, por despido disciplinario, en virtud del artículo 54 apartado 2.d) y e) del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (…).*

*Esta Empresa ha tenido conocimiento que durante su jornada habitual de trabajo, en los días que a continuación se relacionarán, Vd sin la debida autorizacion ni consentimiento se ha dedicado desde el ordenador de su puesto de trabajo a visitar páginas web en Internet que nada tienen que ver con la actividad de esta empresa (…).*

*El uso de Internet en el trabajo está regulado para su utilización para la búsqueda de temas profesionales de la empresa y no para su uso personal, tal como se le indicó al iniciar su relación laboral con esta empresa. Asimismo, también estaba informada de los controles que podría realizar esta empresa en los ordenadores de la misma, para el control de virus informáticos y otras medidas de seguridad.*

*También se ha dedicado a escribir y revisar su correo electrónico personal, sin ninguna autorización ni consentimiento para realizarlo desde el ordenador de la empresa (…).*

| *Día* | *páginas visitas* | *total tiempo* |
|---|---|---|
| *23.01.2014* | *3* | *1 h y 45 minutos* |
| *24.01.2014* | *2* | *50 minutos* |

| | | |
|---|---|---|
| *27.012014* | *9* | *1 hora y 40 minutos* |
| *28.01.2014* | *4* | *35 minutos* |
| *29.01.2014* | *2* | *21 minutos* |
| *30.01.2014* | *4* | *2 horas y 45 minutos* |
| *3 1.01.2014* | *7* | *2 horas y 30 minutos* |
| *03.02.2014* | *6* | *3 horas y 10 minutos* |
| *04.02.2014* | *4* | *1 hora* |
| *05.02.2014* | *3* | *1 hora* |
| *06.02.2014* | *15* | *5 horas y 10 minutos* |
| *07.02.2014* | *6* | *2 horas y 40 minutos* |
| *10.02.2014* | *10* | *3 horas y 25 minutos* |
| *11.02.2014* | *14* | *4 horas y 30 minutos* |
| *12.02.2014* | *2* | *30 minutos* |
| *13.02.2014* | *5* | *35 minutos* |

*Toda esta información ha sido constatada por un Técnico Informático cualificado y el cual ha confeccionado un Informe pericial al efecto sobre el último historial del ordenador donde trabajaba Vd. (…).*

*La empresa ha tenido conocimiento de su intención de llevarse clientes a los que Vd. realizaba la contabilidad, a través de una consulta a su sindicato realizado desde su correo el pasado día* ***C.C.C.****, por lo que su intención era muy clara desde hace ya meses."*

La denunciante aporta una relación de correos < ***D.D.D.***> (correo yahoo) entre los que se encuentra el de fecha C.C.C., que según manifiesta, es el que reenvía a su marido, en el consta, por un lado la consulta y a continuación la respuesta obtenida por el sindicato y que es el según indica **fue abierto de forma ilícita**. El citado correo electrónico es el siguiente:

*"De: "info@uar.ccoo.es" <info@uar.ccoo.es>*

*Para: D.D.D.@yahoo.es; D.D.D.@yahoo.es*

*Enviado: Viernes 30 de agosto de 2013 13:10*

*Asunto: RE: CCOO-UAR*

*El día 2013-08-29 14:54:33 nos enviaste el siguiente email: Buenas tardes, aparte de que me envíen por favor los datos de usuario. Quería hacerles unas consultas. Actualmente trabajo en una Gestoría y las cosas no van muy bien entre mi jefe y yo, parte de mi salario va fuera de la nómina. ¿Como puedo asegurarme que en caso de despido tendrían en cuenta esta cantidad? Y tambien en caso de querer instalarme por mi cuenta, ¿sería delito ponerme en contacto con los clientes que yo llevo?. Muchas gracias, DNI* ***E.E.E.*** *Estimado/a: Este tipo de consultas no podemos resolverlas desde este departamento. Lo más lógico es que contactes con tu organización local o de rama y sea su asesoría laboral/jurídica la que te comente algo. Si no tienes claro cuál es tu organización de territorio o rama puedes hacer dicha consulta a través de la opción "marco organizativo" en la zona del afiliad@. Recibe un saludo. CC.00. - Unidad Administrativa de Recaudación."*

Si bien, no acredita la denunciante de que por parte de la empresa se hubiera tenido acceso a sus bandejas del correo electrónico, ni que se hubiera abierto el citado correo

electrónico. Todas las direcciones de correo electrónico y en concreto las gestionadas por <yahoo> llevan asociada su acceso a una contraseña.

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicitó información a D. ***B.B.B.***, teniendo conocimiento de que:

*"ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN*

1. *En el Registro General de Protección de Datos figura inscrito el fichero denominado "NOMINAS, PERSONAL Y RECURSOS HUMANOS", con el código ***CÓD.1, constando como descripción "gestión de nóminas y recursos humanos" y cuyo responsable es* ***B.B.B.****. Dichas circunstancias figuran en la Diligencia de fecha 19 de diciembre de 2014.*

2. *El denunciado ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 17 de febrero de 2015, en relación con los hechos comunicados por la denunciante lo siguiente:*

   *En ningún momento la empresa ha accedido a los correos personales de la denunciante. Lo realmente ocurrido es que a raíz de la revisión de los servidores que usa la empresa, analizando los logs del cortafuegos empresarial, se detecta una actividad no necesaria para el desempeño de la profesión por parte de la denunciante. Con ello, se comprobó que desde la IP del equipo de la denunciante se realizaban visitas a webs no autorizadas en el entorno laboral ni tampoco relacionadas con la finalidad de la empresa. De igual modo, se comprobó que desde el equipo de la trabajadora se realizaban visitas al correo no corporativo. Por tanto, el origen del conflicto nace por el uso incorrecto por parte de la empleada de las herramientas de trabajo.*

   *Por política de empresa y dada la finalidad de la misma (tratamiento contable y fiscal) se hace imprescindible el informar a los empleados del uso del equipamiento de la empresa y tratamiento de datos. Por lo que a los empleados se les facilita el documento Funciones y obligaciones de los usuarios del fichero en el que se detalla, entre otros, los siguientes aspectos:*

      *Puestos de trabajo.*
      *Los puestos de trabajo estarán bajo la responsabilidad de algún usuario autorizado que debe garantizar que la información que muestran no pueda ser visible por personas no autorizadas. (…).*
      *Queda expresamente prohibida la conexión a redes o sistemas exteriores de los puestos de trabajo desde los que se realiza el acceso al fichero.*
      *En ningún momento se crearán, utilizarán o guardarán, programas, datos o ficheros que no correspondan a los autorizados por la Empresa.*
      *Queda totalmente prohibida la utilización de los sistemas informáticos con fines no relacionados con las propias de la actividad.*

   *Pero no han acreditado documentalmente de que dicho documento fue entregado a la denunciante.*

   *También disponen del Documento de Seguridad denominado Disposiciones*

*sobre la Protección de Datos. Medidas sobre Seguridad de Datos I, cuya copia adjuntan. En el último párrafo se indica lo siguiente: En su virtud, el usuario declara haber sido informado de las medidas adoptadas en el documento de seguridad y acepta llevar a cabo el cumplimiento de las normas de seguridad que le afectan en el desarrollo de sus funciones, asumiendo las consecuencias en que pudiera incurrir en caso de incumplimiento.*

*El Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, el 7 de julio de 2014, dicta DECRETO del procedimiento: despidos/ceses en general 526/2014, demandante la denunciante, demandado el denunciado, por el que se admite a trámite la demanda presentada y se señala para el acto de conciliación y, en su caso, juicio, en única convocatoria la audiencia del día 22 de enero de 2015."*

**TERCERO:** Con fecha 27/02/2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, acordó someter al denunciado a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la citada Ley Orgánica.

**CUARTO:** Notificado el acuerdo de audiencia previa al apercibimiento, la denunciante manifestó su disconformidad con el apercibimiento y solicitó su personación como interesada en el procedimiento. Por su parte el denunciado alegó que no se había accedido al correo personal de la denunciante y solicita el archivo de la denuncia.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO:** La denunciante fue contratada por el denunciante como trabajadora por cuenta ajena en fecha 01/09/2003.

**SEGUNDO:** Consta en el expediente relación de correos electrónicos recibidos en la dirección de correo de la denunciante < ***D.D.D.***> (correo yahoo) entre los que se encuentra uno de fecha 02/09/2013, con el siguiente contenido literal:

*"De: "info@uar.ccoo.es" <info@uar.ccoo.es>*
*Para: D.D.D.@yahoo.es; D.D.D.@yahoo.es*

*Enviado: Viernes 30 de agosto de 2013 13:10*

*Asunto: RE: CCOO-UAR*

*El día 2013-08-29 14:54:33 nos enviaste el siguiente email: Buenas tardes, aparte de que me envíen por favor los datos de usuario. Quería hacerles unas consultas. Actualmente trabajo en una Gestoría y las cosas no van muy bien entre mi jefe y yo, parte de mi salario va fuera de la nómina. ¿Cómo puedo asegurarme que en caso de despido tendrían en cuenta esta cantidad? Y también en caso de querer instalarme por mi cuenta, ¿sería delito ponerme en contacto con los clientes que yo llevo?. Muchas gracias, DNI* ***E.E.E.*** *Estimado/a: Este tipo de consultas no podemos resolverlas desde este departamento. Lo más lógico es que contactes con tu organización local o de rama y sea su asesoría laboral/jurídica la que te comente algo. Si no tienes claro cuál es tu organización de territorio o rama puedes hacer dicha consulta a través de la opción "marco organizativo" en la zona del afiliad@. Recibe un saludo. CC.00. - Unidad Administrativa de Recaudación."*

**TERCERO:** En fecha 21/03/2014 le fue notificada a la denunciante carta del denunciado fechada el 18/03/2014 en la que se le comunicaba su despido disciplinario, exponiendo determinados hechos que textualmente se reproducen:

*"(…)*
*Esta Empresa ha tenido conocimiento que durante su jornada habitual de trabajo, en los días que a continuación se relacionarán, Vd sin la debida autorización ni consentimiento se ha dedicado desde el ordenador de su puesto de trabajo a visitar páginas web en Internet que nada tienen que ver con la actividad de esta empresa (…).*

*El uso de Internet en el trabajo está regulado para su utilización para la búsqueda de temas profesionales de la empresa y no para su uso personal, tal como se le indicó al iniciar su relación laboral con esta empresa. Asimismo, también estaba informada de los controles que podría realizar esta empresa en los ordenadores de la misma, para el control de virus informáticos y otras medidas de seguridad.*

*También se ha dedicado a escribir y revisar su correo electrónico personal, sin ninguna autorización ni consentimiento para realizarlo desde el ordenador de la empresa (…).*

*Tal ha sido la pérdida de tiempo en el desarrollo de su trabajo por la visita constante a dichas páginas, tal como se demuestra en la siguiente relación:*

| *Día* | *páginas visitas* | *total tiempo* |
|---|---|---|
| *23.01.2014* | *3* | *1 h y 45 minutos* |
| *24.01.2014* | *2* | *50 minutos* |
| *27.012014* | *9* | *1 hora y 40 minutos* |
| *28.01.2014* | *4* | *35 minutos* |
| *29.01.2014* | *2* | *21 minutos* |
| *30.01.2014* | *4* | *2 horas y 45 minutos* |
| *3 1.01.2014* | *7* | *2 horas y 30 minutos* |
| *03.02.2014* | *6* | *3 horas y 10 minutos* |
| *04.02.2014* | *4* | *1 hora* |
| *05.02.2014* | *3* | *1 hora* |
| *06.02.2014* | *15* | *5 horas y 10 minutos* |
| *07.02.2014* | *6* | *2 horas y 40 minutos* |
| *10.02.2014* | *10* | *3 horas y 25 minutos* |
| *11.02.2014* | *14* | *4 horas y 30 minutos* |
| *12.02.2014* | *2* | *30 minutos* |
| *13.02.2014* | *5* | *35 minutos* |

*Toda esta información ha sido constatada por un Técnico Informático cualificado y el cual ha confeccionado un Informe pericial al efecto sobre el último historial del ordenador donde trabajaba Vd. (…).*

*La empresa ha tenido conocimiento de su intención de llevarse clientes a los que Vd. realizaba la contabilidad, a través de una consulta a su sindicato realizado desde su correo el pasado día C.C.C., por lo que su intención era muy clara desde hace ya*

*meses."*

**CUARTO:** Consta en el expediente copia del Documento de Seguridad del denunciado (Gestoría Administrativa Cuenca) que establece, entre otras, las siguientes medidas:

*(…)*
*3.1.2.- Las funciones y obligaciones del Responsable del Fichero son:*

*(…)*
- *El responsable del fichero deberá garantizar la difusión de este Documento entre todo el personal que vaya a utilizar, y en su caso, debe verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad.*

*(…)*
*3.2.- Funciones y obligaciones de los usuarios del fichero.*
*3.2.1.- Puestos de trabajo*
- *Queda expresamente prohibida la conexión a redes o sistemas exteriores de los puestos de trabajo desde los que se realiza el acceso al fichero.*

*(…)*
- *En ningún momento se crearán, utilizarán o guardarán, programas, datos o ficheros que no correspondan a los autorizados por la Empresa*

*(…)*
*3.2.5.- Sistema informático o aplicaciones de acceso al Fichero.*
*(…)*
- *Queda totalmente prohibida la utilización de los sistemas informáticos con fines no relacionados con la propia actividad*

*(…)*

*Declaración de recepción y aceptación del protocolo de actuación del personal de la empresa.*

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad, el responsable del fichero ha adoptado las medidas necesarias para que el personal conozca las normas de seguridad, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.*

*En su virtud, el usuario declara haber sido informado de las medidas adoptadas en el documento de seguridad y acepta llevar a cabo el cumplimiento de las normas de seguridad que le afectan en el desarrollo de sus funciones, asumiendo las consecuencias en que pudiera incurrir en caso de incumplimiento."*
*No consta en el Documento de Seguridad información a los usuarios sobre el acceso del denunciado a la navegación por internet y el correo electrónico.*

**QUINTO:** Consta en el expediente copia de documento denominado *"Funciones y obligaciones de los usuarios del fichero"* que reproduce literal, mente lo contenido en el Documento de Seguridad con idéntica denominación. No consta en el citado documento información a los usuarios sobre el acceso del denunciado a la navegación por internet y el correo electrónico.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I**

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

**II**

En el presente caso se analiza, desde el punto de vista de la normativa de protección de datos de carácter personal, la conducta del denunciado por la utilización de información relativa al historial de accesos a Internet realizados por la denunciante durante los meses de enero y febrero de 2014, y la utilización de su correo electrónico personal en fecha 02/09/2013, en horas de trabajo y desde el terminal facilitado por dicha entidad al mismo, en su condición de empleada del denunciado y para el desarrollo de sus tareas como tal. Dicha información se contiene en la carta de despido fechada por el denunciado el 18/03/2014 y que se entregó a la denunciante en fecha 21/03/2014.

La primera cuestión que es preciso determinar es si la información tratada por el denunciado, asociada a la denunciante, constituye datos de carácter personal.

El artículo 1 de la LOPD dispone: "La presente Ley Orgánica tiene *por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".*

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma el artículo 2.1 de la misma señala: *"La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado"*; definiéndose el concepto de dato de carácter personal en el apartado a) del artículo 3 de la citada Ley Orgánica 15/1999, como *"Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*, añadiendo el apartado 1.f) del artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), que dato de carácter personal es *"cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*.

La definición de persona identificable aparece en la letra o) del citado artículo 5.1 del RLOPD, que considera como tal *"toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados"*.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las

Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal *"toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social"*. Asimismo, el Considerando 26 de esta Directiva se refiere a esta cuestión señalando que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquélla.

También en lo que se refiere al concepto de datos personales, cabe mencionar la Recomendación 1/2001, sobre datos de evaluación de los trabajadores, adoptada por el Grupo del Artículo 29 órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Señala dicha Recomendación que:

*"Según la definición incluida en la letra a) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, los datos personales son toda información sobre una persona física identificada o identificable, tal como los datos relacionados con su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.*

*El alcance de dicha definición implica que los datos personales incluyen, además de los datos de los registros de población o información resultante de factores objetivos que se pueden verificar o rectificar, cualquier otro elemento, información o circunstancia que incluya un contenido informativo tal que se sume al conocimiento de una persona identificada o identificable.*

*Así, se pueden encontrar datos personales en evaluaciones y juicios subjetivos que, en realidad, podrían incluir elementos específicos de la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social de los interesados. Esto sucede igualmente si un juicio o evaluación se resume en una puntuación o clasificación, o si se expresa mediante otros criterios de evaluación".*

En este mismo sentido, el Dictamen 4/2007 del Grupo de trabajo del artículo 29, sobre el concepto de datos personales señala que *"un dato se refiere a una persona si hace referencia a su identidad, sus características o su comportamiento o si esa información se utiliza para determinar o influir en la manera en que se la trata o se la evalúa"*. Así para considerar "que los datos versan sobre una persona, debe haber un elemento "contenido", o un elemento "finalidad" o un elemento "resultado". "

Por consiguiente para determinar si nos encontramos ante un tratamiento de datos personales habrá que acudir a cada caso en concreto para ver si se produce alguna de las circunstancias citadas por el grupo de trabajo del artículo 29.

Si del análisis anterior se concluye que nos encontramos ante datos de carácter personal, será de aplicación la LOPD, entre cuyos principios debe mencionarse, en primer lugar el relativo a la necesidad de legitimación para efectuar el tratamiento de

dichos datos, así como la calidad, especialmente en sus aspectos de finalidad y proporcionalidad del tratamiento.

Atendiendo a la definición contenida en las normas citadas, la información relativa al historial de accesos a Internet asociada a una persona identificada o identificable, que permite la evaluación de la misma o su comportamiento y repercute en los derechos y los intereses de la misma, da lugar a la consideración de dicha información como un dato personal incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada.

Así, en el presente supuesto, considerando que la información sobre los accesos a Internet se asocia a la denunciante, debe concluirse la existencia de datos de carácter personal y la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestos en la normativa de protección de datos de carácter personal.

**III**

En el presente caso, debe analizarse el incumplimiento del deber de información en el momento de la recogida de los datos previsto en el artículo 5 de la LOPD, al no informar a la denunciante sobre la posibilidad de acceso por parte del denunciado a la navegación por internet y correo electrónico de la denunciante efectuado en el ordenador facilitado por el denunciado a ésta para el desempeño de sus funciones como trabajadora por cuenta ajena del denunciado. Dicho incumplimiento aparece tipificado como infracción leve en el artículo 44.2.d) de la LOPD, que considera como tal *"Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionarles la información que señala el artículo 5 de la presente Ley*".

En el citado artículo 5 de la LOPD se establece lo siguiente:

*"1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*

*a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
*b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
*c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos*
*d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
*e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

*Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.*

*2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado*

*anterior.*

*3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.*
*(...)"*.

La obligación que impone el artículo 5 de la LOPD es, por tanto, la de informar al afectado en la recogida de datos pues sólo así queda garantizado el derecho del mismo a tener una apropiada información y a consentir o no el tratamiento, en función de aquélla.

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 transcrito, el denunciado debió informar a la denunciante de la que recabó datos sobre los extremos establecidos en el aludido artículo. La información a la que se refiere el artículo 5.1 de la LOPD debió suministrarse a éstos previamente a la solicitud (recogida) de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.

Por su parte el artículo 4.1 de la LOPD concreta las finalidades para las que pueden recabarse y tratarse los datos personales exigiendo, a diferencia de la hoy derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, que sólo se refería a finalidades *"legítimas"*, que las mismas sean *"determinadas, explícitas y legítimas"*.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre el consentimiento y la finalidad para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: *"el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales ( art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aún cuando puedan ser compatibles con éstos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que solo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites. De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia"*.

De lo expuesto cabe concluir que la vigente LOPD ha acentuado las garantías

precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, al delimitar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que *"…el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.*
*En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele"*.

En este caso, se ha comprobado que el denunciado no facilitó a la denunciante la información prevista legalmente en materia de protección de datos en los términos exigidos por el artículo 5 de la LOPD, en lo relativo a la posibilidad de acceso a la navegación por internet y correo electrónico por cuanto no se ha aportado prueba alguna que acredite que la denunciante recibiera información sobre tales extremos, ni el Documento de Seguridad del denunciado recoge tampoco tal circunstancia, al margen de que la denunciante manifiesta desconocerlo y el descuidando no acredita su entrega a la denunciante como manifestó en sus alegaciones.

Aceptado que se realiza un tratamiento de datos de carácter personal, en este caso este tratamiento de datos está exceptuado del consentimiento preceptivo del artículo 6 de la LOPD porque en esta ocasión se tratan datos que se refieren a las partes de un contrato de una relación negocial, laboral o administrativa y son necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

Esta excepción, sin embargo no exime del deber de información que recoge el o artículo 5 de la LOPD que no se cumplió en esta ocasión.

Respecto de esta cuestión del control laboral del empleado se debe tener en cuenta el debido equilibrio entre las facultades que le son reconocidas al empleador en el artículo 20.3 del E.T. y los derechos que le son reconocidos al trabajador en el artículo 4.2. e) del E.T. que reconoce al trabajador el derecho *"al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad*".

Y el artículo 20.3 del E.T. recoge que:

*"3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para la verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos en su caso".*

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores faculta al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

La legitimación prevista en el artículo 20.3 del ET permite el tratamiento de los datos de carácter personal con esta finalidad del control laboral sin necesidad del consentimiento inequívoco del afectado, según la excepción prevista en el artículo 6 de la LOPD, que, de nuevo, tampoco exime al empleador de la obligación de informar de dicho tratamiento a los trabajadores.

En consecuencia, ha quedado acreditado que el denunciado incumplió el deber de informar establecido en el artículo 5 de la LOPD, dado que no facilitó a la denunciante la información prevista legalmente en materia de protección de datos en lo relativo a la posibilidad de acceso a su navegación en internet y su correo electrónico.

**IV**

El artículo 44.2.c) de la LOPD considera infracción leve: *"El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado"*

En este caso, ha quedado acreditado que el denunciado recabó datos personales de la denunciante sin facilitarle la información que señala el artículo 5 de la LOPD, por lo que debe considerarse que ha incurrido en la infracción descrita.

**V**

Por otra parte, se tuvo en cuenta que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido con anterioridad.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.6 de la LOPD, se acordó someter a la citada entidad a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD.

El apartado 6 del artículo 45 de la LOPD establece lo siguiente:

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

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

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

A este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, que establece lo siguiente:

*"4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*
*a) El carácter continuado de la infracción.*
*b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
*c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
*d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
*e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
*f) El grado de intencionalidad.*
*g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
*h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
*i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
*j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

*5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala*

*relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:*
*a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
*b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
*c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
*d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
*e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente".*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD. En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del mismo con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el grado de intencionalidad y la falta de acreditación de la obtención de beneficios por su parte como consecuencia de la comisión de la infracción

Por otra parte, procede requerir al denunciado la adopción de medidas que impidan que en el futuro pueda producirse de nuevo una infracción de lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD, insertando en el Documento de Seguridad la información relativa a la posibilidad de acceso por su parte a la navegación por internet y correo electrónico de los usuarios (trabajadores), así como la acreditación de entrega efectiva a los usuarios del Documento de seguridad e información expresa sobre las medidas de control laboral de seguimiento de correo electrónico y navegación en internet o, en su caso, de la inexistencia de los mismos, circunstancia que inhabilitaría su utilización a tales efectos.

De acuerdo con lo señalado,

**Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,**

**SE ACUERDA:**

**1.- APERCIBIR** (**A/00059/2015**) a D. ***B.B.B.*** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la citada Ley Orgánica, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia **a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.**

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo

de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

**2.- REQUERIR** a D. ***B.B.B.,*** de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999 para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

**2.1.- CUMPLA** lo previsto en el artículo 5 de la LOPD. En concreto se insta al denunciado a insertar en el Documento de Seguridad información expresa sobre las medidas de control laboral de seguimiento de correo electrónico y navegación en internet o, en su caso, de la inexistencia de los mismos, así como a acreditar la entrega efectiva a los usuarios del Documento de seguridad.

**2.2.- INFORME** a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior, aportando aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto dicho cumplimiento.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/05295/2015,** podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que "*son funciones de la Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones."*, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, que considera como tal, *"No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma",* pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €,** de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

**3.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a D. ***B.B.B..***

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

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

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos