



Procedimiento N°: A/00144/2013

RESOLUCIÓN: R/02171/2013

En el procedimiento de apercibimiento A/00144/2013, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **SUZUKI MOTOR ESPAÑA SAU**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha **22/11/2012** tuvo entrada en esta Agencia una denuncia de **A.A.A.** contra **SUZUKI MOTOR ESPAÑA SAU** por haber sido despedido valiéndose de la "monitorización de imágenes, conversaciones y correos desde mi ordenador". Manifiesta que el 23/05/2012 mantuvo una reunión con representantes de la empresa y se le informó de los hechos imputados y le fue entregado un comunicado del que adjunta copia y que contiene el **despido disciplinario con efectos 28/05/2012**, por la comisión de reiteradas faltas muy graves motivadas por la utilización indebida de las herramientas informáticas y de comunicación puestas a su disposición, teniendo en cuenta el artículo B-4 del Convenio Colectivo de Empresa.

Aporta:

- a) Copia de un comunicado por correo electrónico de **12/01/2004** de la empresa enviado a través de la Intranet de la empresa a sus empleados. En el mensaje se informa que se han instalado PCs más completos, rápidos y modernos una red de impresión y scanner, un nuevo sistema de FAX vía PC y conexión a Internet para la práctica totalidad de usuarios, como apoyo y ayuda para el trabajo diario... "Así mismo el nuevo equipo facilitará, a los responsables de la Administración del Sistema, información detallada sobre el uso por parte de cada usuario de estas nuevas herramientas. Cuestiones tales como incidencias pasadas al CAU, uso de impresoras y nº de páginas impresas, tiempo y tipo de páginas de navegación por Internet, fax, etc. serán controladas periódicamente, por lo cual se solicita a todos los usuarios un uso profesional y responsable de las herramientas que la compañía pone a su disposición".
- b) Sentencia 340/2012 del Juzgado de lo Social 1 de Gijón de **27/07/2012**, en la que en hechos probados se declara:
 - a. El denunciante presta sus servicios desde el día 4/04/1973.
 - b. Hecho probado "QUINTO.- A través del programa informático "Squid User Acces Report" la empresa SME (Suzuki Motor España) detecté conexiones del actor a páginas de Internet ajenas al servicio prestado

en la empresa, concretamente a la página 'flas.chateagratias.net'. En fecha 9/04/2012 la empresa SME instala una cámara de video oculta en el techo enfocada al puesto de trabajo del actor. En fecha 9/04/2012, la empresa instala un programa de monitorización denominado "VNC" que graba la pantalla del actor. El 'Squid User Acces .Report', revela a la empresa los días y horas en que se produce la conexión desde el usuario del actor al Chat (Doc. nº 11 de la prueba documental de la empresa demandada SME. Se da por reproducido) La cámara de video identifica al actor en su puesto de trabajo utilizando su ordenador PC. Se declara probado el contenido material de las grabaciones de video desde el día 9/04/2012 (Doc. nº 24 de la prueba documental de la empresa demandada SME. Se da por reproducido). El programa "VNC", graba las pantallas del ordenador, acreditando la utilización efectiva del Chat por el actor (Doc.24 de la prueba documental de la empresa demandada SME, se da por reproducido).

El Juez hace una valoración de la legalidad en el modo de obtención de las pruebas aportadas, y determina su admisión como medio probatorio con plenos efectos, desestimando la pretensión del denunciante, confirmando el despido procedente.

- c) Copia de recurso a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, **no se aprecia la fecha**.
- d) Copia de la comunicación de despido de 28/05/2012 en la que detalla en hechos los motivos del despido en el que cabe destacar que en el mes de diciembre 2011 se decidió llevar a cabo una investigación interna de la que se constata que ha utilizado de manera reiterada el ordenador, la conexión a Internet para fines ajenos a la actividad laboral, chateando en la página flas.chateagratias.net. Aporta un listado en el que figuran día a día el tiempo de concesión a dicha página desde 9/01 a 23/05/2012
- e) Aporta impresión extraída de la web, de lo que es y en qué consiste el SQUID USER ACCES, y el VNC.

SEGUNDO: Con fecha **8/03/2013 se resolvió por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos el archivo de la denuncia (E/278/2013)**, frente a la que presentó el denunciante recurso de **reposición el 10/04/2013** (.).

Basó el recurso en la aportación de la resolución recaída a su favor del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, suplicación 2913/2012 sentencia 131/13 **de 25/01/2013**, que no había aportado cuando se resolvió el archivo, desconociendo si es firme al no aportarse certificado de ello, de la que destaca:

- a) Reitera el conocimiento de la notificación de los usos informáticos que se dio en la empresa en el correo electrónico de 12/01/2004 sobre el que versa el fundamento de derecho segundo.

- b) Declara que la fecha en que comenzó la monitorización es desde 9/04/2012, fundamento cuarto.
- c) Analiza la sentencia del Tribunal Supremo de 26/09/2007 recurso 966/06, y con referencia a la expectativa de confidencialidad que suele dar la tolerancia a usos personales moderados de medios informáticos, y respecto a la intimidad del trabajador, no se puede imponer cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por esta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización. *“Por ello lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales e informado de que va existir un control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos.”* La aplicación de la anterior doctrina nos conduce a considerar que la advertencia de 2004, claramente genérica, puede amparar el primer control, el Squid al que se sometió a todos los trabajadores desde enero 2012, y quizás antes, pero tal advertencia no puede amparar el rastreo de la página o páginas a las que se conectaba sin una previa advertencia más concreta y precisa.” La sentencia declara el despido improcedente

El recurso de reposición fue estimado por resolución del Director de la Agencia de 29/05/2013.

TERCERO: Con fecha 23/07/2013, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa del apercibimiento, el presente procedimiento de apercibimiento A/00144/2013 por infracción del artículo 5.1 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de dicha norma. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 6/08/2013 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que alega:

- 1) Error en la tipificación de la supuesta infracción que no es el 44.2 d) sino el 44.2.c).
- 2) Los trabajadores, como el denunciante que ya formaban parte de la misma antes de la entrada en vigor de la LOPD se les entregó una nota sobre la recogida de sus datos, siendo la última entregada la del año 2006. Aporta copia de dicha nota firmada por el denunciante el 1/12/2006. En la misma se titula *“Nota informativa sobre protección de datos de carácter personal, secreto y confidencialidad”* y se le informa de los datos personales recabados a través del contrato de trabajo y su documentación anexa, así como los generados a raíz del mismo, se encuentran incorporados a un fichero titularidad de la empresa, cuya finalidad es la gestión de recursos humanos, formación del personal, informando del ejercicio de sus derechos.



- 3) También obra en el expediente el comunicado de la empresa el 12/01/2004 a todos los empleados con acceso al sistema informático, que expresamente señalaba *“Así mismo el nuevo equipo facilitará a los responsables de la Administración del Sistema, información detallada sobre el uso por parte de cada usuario de estas nuevas herramientas. Cuestiones tales como incidencias pasadas al CA U, uso de impresoras y nº de páginas impresas, tiempo y tipo de páginas de navegación por Internet, fax, etc., serán controladas periódicamente, por lo cual se solicita a todos los usuarios un uso profesional y responsable de las herramientas que la compañía pone a su disposición”*. Con ello, la entidad entiende que se cumplió con el artículo 5.1 de la LOPD, pues de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 26/09/2007 esta Sentencia del Tribunal Supremo de 26/09/2007. que considera que, con hacer una advertencia genérica al trabajador acerca de los usos prohibidos o permitidos de las herramientas informáticas, la existencia de un control sobre ellas y los medios con los que éste se va a llevar a cabo, la empresa está totalmente legitimada para efectuar dicho control y tratar todo tipo de información derivada del mismo. Esta tesis es recogida en la de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 4/07/2011. Se debe indicar que la presente resolución nada tiene que dictaminar en cuestión de sentencias pues la recaída es favorable al trabajador y señala.
- 4) No existe obligación de informar de los extremos del 5.1 de la LOPD cuando se han instalado una cámara y un programa de monitorización en el PC del denunciante, ya que se trata de un control excepcional, siendo usado en este caso de 1/04 a 23/05. La jurisprudencia lo que establece es la obligación de la empresa de informar al trabajador acerca de los usos prohibidos o permitidos de las herramientas informáticas, el control al que van a estar sometidas y los medios que se van a utilizar para llevarla a cabo, permite que en casos excepcionales, en los que se detecte un abuso de dichas herramientas, se implanten otros medios o sistemas de control sin conocimiento de los interesados, pues solo de esa forma se puede garantizar que la empresa obtendrá las pruebas que le permitirán hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia de la sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 26/01/2010, consideró que las grabaciones efectuadas por una empresa sin conocimiento de trabajadores afectados, adoptadas de forma excepcional y ante una premisa de sospecha de incumplimiento de sus obligaciones laborales indica que es proporcional pues se busca asegurar el control de la actividad a la *“búsqueda de la espontaneidad, impensable si se conociese su existencia”*. La videovigilancia se uso como un tipo de prueba más a añadir a las existentes, aportando referencias de Sentencias diversas de TSJ en que se concluía que las pruebas obtenidas con videovigilancia en el lugar de trabajo no afectaban al derecho fundamental de los trabajadores.
- 5) La denunciada no tenía otro medio para verificar la comisión de irregularidades sin levantar recelos por parte del denunciante. Es evidente de que si la empresa hubiese informado al trabajador de la implantación de una cámara y un programa de monitorización de su PC carecería de las pruebas necesarias para hacer valer sus intereses.
- 6) La Sentencia aportada por el denunciante del TSJ de Asturias de 25/01/2013 ha



sido recurrida el 13/03/2013 en casación para la unificación de la doctrina, estando todavía pendiente de admisión. Aporta copia de lo manifestado y como sentencia de contraste aporta la de 4/07/2011 del TSJ de Cataluña JUR/2011/331557. Solicita en base a ello que se archiven las actuaciones hasta que no recaiga sentencia firme, primando el derecho de presunción de inocencia.

- 7) La infracción que pudiera proceder estaría prescrita por el transcurso del plazo legal, ya que según el artículo 47.1 de la LOPD las leves prescriben al año a contar desde el día en que la infracción se hubiera cometido. La investigación en el ordenador del denunciante se efectuó hasta el 23/05/2012, el despido se produjo el 28/05/2012. El recurso de reposición estimado no interrumpe la prescripción.

HECHOS PROBADOS

- 1) El denunciante era empleado de SUZUKI desde 1973 y fue despedido con entrega de carta el 28/05/2011, efectos de 23 del mismo mes. Denuncia a dicha entidad por haber instalado en su puesto de trabajo una cámara de grabación de videovigilancia camuflada, y en su ordenador dos aplicaciones para controlar las entradas en páginas web y el tiempo que permanece en ellas (SQUID USER ACCESS) y otro denominado VNC (2, 3,7,8,12, 19, 90,91,93). El denunciante recurrió la decisión de despido de SUZUKI
- 2) En la sentencia del Juzgado de lo Social de 27/07/2012, que falló el recurso del denunciante se contiene como hecho probado: "En fecha 9/04/2012 la empresa SME instala una cámara de video oculta en el techo enfocada al puesto de trabajo del actor. En fecha 9/04/2012, la empresa instala un programa de monitorización denominado "VNC" que graba la pantalla del actor. El 'Squid User Acces Report', revela a la empresa los-días y horas en que se produce la conexión desde el usuario del actor al Chat. La cámara de video identifica al actor en su puesto de trabajo utilizando su ordenador PC (11, 12). La sentencia del Juzgado de lo Social admitió la instalación de los sistemas y declaró que no se vulneró con ello ningún derecho fundamental, valorando adecuada la información del correo de 12/01/2004 de la denunciada
- 3) En la sentencia del Juzgado de lo Social de 27/07/2012 se reseña que en correo electrónico la empresa SUZUKI envió a los empleados el 12/01/2004, entre los que se hallaba el denunciante, un escrito en el que se informaba sobre usos de herramientas informáticas, en concreto " *se han instalado PCs más completos, rápidos y modernos una red de impresión y scanner, un nuevo sistema de FAX vía PC y conexión a Internet para la práctica totalidad de usuarios, como apoyo y ayuda para el trabajo diario...*" Así mismo el nuevo equipo facilitará, a los responsables de la Administración del Sistema, información detallada sobre el uso por parte de cada usuario de estas nuevas herramientas. Cuestiones tales como incidencias pasadas al CAU, uso de impresoras y nº de páginas impresas, tiempo y tipo de páginas de navegación por Internet, fax, etc. serán controladas periódicamente, por lo cual se solicita a todos los usuarios un uso profesional y

responsable de las herramientas que la compañía pone a su disposición". (folios 10, 12,14, 91).

- 4) La Sentencia del Juzgado de lo Social fue recurrida por el denunciante ante el TSJ, que resolvió el 25/01/2013 estimar en parte el recurso de suplicación. (101, 87). La Sentencia valora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la colisión del 20 del ET con los derechos fundamentales del trabajador y explicita que el 20.3 del ET requiere la previa información a los trabajadores sobre las reglas de uso de los instrumentos de la empresa, prohibiciones y control que se vaya a ejercer. La sentencia indica que al no contenerse tales extremos informativos, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad y declara que la prueba salvo el control del squid fue ilícita, y del resto declara que no se trata de incumplimiento grave, fallando el despido improcedente (100,101).
- 5) De acuerdo con la noticia de la denunciada aportada en alegaciones al acuerdo, ha interpuesto el 13/03/2013 recurso de casación ante el Tribunal Supremo que permanece según manifiesta todavía sin resolver su admisión (123, 149 y ss.). De ello se deduce entre otros puntos que se desconoce si la cláusula empresarial informativa de 2012 podría ser juzgada válida como medio de conocimiento de las advertencias y validas para justificar la injerencia en la intimidad del trabajador
- 6) El presente acuerdo de audiencia previa fue firmado por el Director de la Agencia el 23/07/2013, notificado a la denunciada el 25 del mismo mes según consta en el acuse de recibo (113-114, 108 a 112).
- 7) Según figura en el Informe de apercibimientos extraído el 18/07/2013, a la entidad denunciada no le constan antecedentes de sanciones previas (107).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director 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

De acuerdo con el artículo 3.c) la LOPPD, constituye tratamiento de datos "*operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.*"

En el presente caso, cuando se instalan por la denunciada la cámara y los programas de monitorización de información en el PC del denunciante, la empresa ha recabado una serie de información de sitios relacionados con su persona, los ha almacenado y utilizado en el procedimiento judicial en el que se ha declarado la ilicitud para motivar el despido disciplinario. De este tratamiento de datos no ha sido informado el denunciante.

II

En lo referente a la alegación del error en la tipificación cabe indicar que pese a ello, el literal que figuraba en el acuerdo refería la redacción *“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”*, que era el literal existente hasta la modificación de la LOPD por la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4/03 BOE 5/03/2011, que quedó en 44.2.c) “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.” Pese a dicho error no se produce indefensión y se toma nota de su corrección

La disposición final quincuagésima sexta “cuatro” de la Ley 2/2011, de 4/03, de Economía Sostenible, (LES), BOE 5 marzo 2011, ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la LOPD, en lugar del existente hasta su entrada en vigor, del siguiente tenor:

“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”.

La Ley 30/1992, de 26/11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) recoge *“los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”*- sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que *“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*.

Teniendo en cuenta que en el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6, se aplica el procedimiento de apercibimiento.

III

Los hechos expuestos podrían suponer por parte de SUZUKI MOTOR ESPAÑA SAU la comisión de una infracción del artículo 5.1 de la LOPD que señala *“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.” tipificada como leve en el artículo 44.2.d) de la LOPD que considera: *“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”.*

Se acredita tanto en los fundamentos de derecho de las sentencias como de las manifestaciones de la denunciada que los usos de los mecanismos empleados para la monitorización de la actividad del denunciante que sirvieron para su despido tuvo lugar el 9/04/2012, y acabó como puso de relieve el despido con efectos de 23/05/2013.

La infracción imputada dejó de cometerse en el momento en que dejaron de utilizar los mecanismos que hicieron susceptibles la monitorización y subsiguiente recogida de datos del afectado, sin que se haya constatado su persistencia.

“1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos

años y las leves al año.”

Con independencia de lo que las sentencias del orden de lo social indiquen respecto a la validez en dicho proceso como prueba de los datos resultantes de la monitorización de la navegación del denunciante, y de la cláusula informativa de advertencia de uso y control de herramientas, ello no es óbice para cometer esta infracción administrativa.

No obstante, el día en que empieza el cómputo del año sería a más tardar el 23/05/2012, y cuando se notifica el acuerdo de apercibimiento habría transcurrido el período en que puede ser dictaminada o no su infracción, procediendo en este caso su archivo por dicha causa.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- DECLARAR el **ARCHIVO** de la infracción del artículo 5.1 de la LOPD iniciado a **SUZUKI MOTOR ESPAÑA SAU** en el *procedimiento de apercibimiento* (A/00144/2013) regulado en el artículo 45.6 de la LOPD.

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 el Director 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.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **D. SUZUKI MOTOR ESPAÑA SAU**.

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

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos