



La consulta plantea dudas sobre la condición de responsable o encargado del tratamiento del centro de formación consultante, que imparte acciones formativas en el ámbito de la formación profesional para el empleo reguladas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, en relación con el tratamiento de datos de los trabajadores que realizan dichas acciones, desde el punto de vista de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. También plantea la misma cuestión en relación con la gestión y tramitación de las bonificaciones en las cuotas de la seguridad social que realiza para las empresas agrupadas a las que pertenecen los trabajadores que reciben la formación subvencionada.

I

Según se describe en la consulta, la consultante es un centro de formación especializado en la formación para el empleo, que prestaría sus servicios a empresas voluntariamente agrupadas, previo acuerdo por escrito, que la habrían designado para que gestionase sus programas de formación para sus trabajadores, en la modalidad de formación de demanda regulada en los artículos 12 a 19 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, desarrollado por la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio.

El artículo 12 del Real Decreto 395/2007 regula el objeto y modalidades de la formación de demanda señalando su número 1:” La formación de demanda responde a las necesidades específicas de formación de las empresas y trabajadores, y está integrada por las acciones formativas de las empresas y los permisos individuales de formación.

Corresponde a las empresas la planificación y gestión de la formación de sus trabajadores, a los trabajadores la iniciativa en la solicitud de los citados permisos, y a la representación de los trabajadores el ejercicio de los derechos de participación e información previstos en este real decreto.

Esta formación se financiará mediante la aplicación de un sistema de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que ingresan las empresas, que no tendrá carácter subvencional de conformidad con lo establecido en el artículo 2.4.g) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2. La formación impartida a través de las acciones formativas de las empresas deberá guardar relación con la actividad empresarial y podrá ser general o específica.

(.....)

3. El permiso individual de formación es el que la empresa autoriza a un trabajador para la realización de una acción formativa que esté reconocida mediante una acreditación oficial (...), con el fin de favorecer su desarrollo profesional y personal.

La denegación de la autorización del permiso por parte de la empresa deberá estar motivada por razones organizativas o de producción, comunicándolo al trabajador.

(...)"

Para determinar la naturaleza de responsable o encargado del tratamiento de datos personales de los trabajadores que reciben la formación, es preciso hacer un análisis de la regulación de las condiciones de la ejecución de las acciones formativas y si la misma permitiría encajar la actuación del centro de formación consultante en la figura del encargado del tratamiento del artículo 12 de la LOPD y 20 de su Reglamento.

El artículo 16 del Real Decreto 395/2007 regula la ejecución de las acciones formativas de demanda del siguiente modo:

"1. Las empresas podrán organizar y gestionar la formación de sus trabajadores por sí mismas, o bien contratar su ejecución con centros o entidades especializadas. En este último caso, los citados centros o entidades deberán asumir, al menos, la coordinación de las acciones formativas, no pudiendo delegar ni contratar con terceros el desarrollo de dicha coordinación.

Las empresas asumirán la responsabilidad de la ejecución de las acciones formativas bonificadas ante la Administración, debiendo asegurar tanto aquellas como, en su caso, las entidades contratadas el desarrollo satisfactorio de las funciones de los organismos de seguimiento y control.

2. Las empresas podrán agruparse voluntariamente, previo acuerdo por escrito, para organizar la formación de sus trabajadores, designando a tal efecto una entidad organizadora para que les gestione sus programas de formación. En este caso, las bonificaciones se aplicarán por las empresas agrupadas en sus respectivos boletines de cotización.

Podrá tener la condición de entidad organizadora cualquiera de las empresas que formen parte de la agrupación, o bien un centro o entidad que tenga entre sus actividades la impartición de la formación. La citada entidad será la responsable de realizar las comunicaciones del inicio y finalización de la formación a que se hace referencia en el apartado 3 de este artículo y de custodiar la documentación relacionada con la organización, gestión e impartición de las acciones formativas en las que interviene como entidad organizadora. Así mismo, tendrá la obligación de colaborar con las Administraciones y órganos de control competentes en las actuaciones de seguimiento y control que se desarrollen respecto de dichas acciones.

Será de aplicación a las agrupaciones de empresas lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo sobre subcontratación y responsabilidad de las empresas.

3. Las empresas, o bien las entidades organizadoras cuando se trate de una agrupación, deberán comunicar la información relativa a cada acción y grupo, conteniendo, al menos, los siguientes datos: denominación y contenidos básicos de la acción formativa, modalidad de impartición, acreditación oficial, en su caso, número previsto de trabajadores participantes y fechas, horario y lugar de realización. Además cuando se trate de una agrupación de empresas, deberá indicarse la razón social y el CIF de cada una de las empresas que tienen previsto participar en la formación. Esta comunicación, y la anulación o modificación, en su caso, de sus datos, deberá realizarse en los plazos que se establezcan mediante Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Así mismo, antes de practicar la bonificación correspondiente a cada acción o grupo, las empresas, o bien las entidades organizadoras cuando se trate de una agrupación, deberán comunicar su finalización con, al menos, la siguiente información: denominación de la acción formativa realizada, listado de trabajadores participantes que han finalizado la formación, número de horas lectivas y coste total de la formación, con indicación del coste máximo bonificable.

Estas comunicaciones de inicio y finalización se realizarán en el marco del Sistema Nacional de Empleo a través de procesos telemáticos implantados por el Servicio Público de Empleo Estatal, en los términos que se establezcan mediante Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

(....)”

Dicho proceso telemático ha sido regulado por Orden TIN/2307/2007, de 27 de julio, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007 citado.

De la anterior regulación se infiere que las empresas podrán agruparse, como es el caso analizado, para desarrollar sus programas formativos. Si optan por esta agrupación deberán contratar con un entidad organizadora la gestión de los programas de formación a sus trabajadores.

La figura del encargado del tratamiento de datos de carácter personal está definida en el artículo 3 g) de la LOPD como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.”

Para que se de válidamente un supuesto de encargo del tratamiento de datos o acceso a los datos por cuenta de terceros será preciso que se cumplan escrupulosamente los requisitos o garantías que se regulan en el artículo 12 de la LOPD, en cuanto tal artículo supone un excepción al permitir que los

datos personales de los afectados estén siendo tratados sin conocimiento ni consentimiento de los afectados por un tercero distinto de aquel que recabó inicialmente los mismos, como exige el artículo 11 de la propia LOPD para la comunicación o cesión, y como tal excepción debe interpretarse restrictivamente.

El acceso a datos por cuenta de terceros regulado en el artículo 12 de la LOPD está caracterizado por las siguientes especialidades:

a) En primer lugar, será preciso que la actuación del encargado del tratamiento se limite a la prestación de los servicios objeto de la contratación. A tal efecto dispone el artículo 20.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que “se considerará que existe comunicación de datos cuando el acceso tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado”.

b) En lo que atañe a los requisitos formales, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica impone que “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”.

c) Por lo que respecta al periodo de conservación de los datos, el artículo 12.3 establece que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

Añade el artículo 20.3 del Reglamento que “no obstante, el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquél, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo”. El artículo 22.1 reitera esta previsión, al indicar que “una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento”.

d) Por otra parte, a fin de preservar los derechos del encargado frente a posibles responsabilidades derivadas de su actuación, dispone el artículo 22.1 del Reglamento que “el encargado del tratamiento conservará, debidamente

bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento”.

e) En lo referente a la posible subcontratación de los servicios prestados, el artículo 21 del Reglamento permite esta posibilidad en caso de que el responsable del fichero apodere al encargado para la celebración del segundo contrato en nombre de aquél o cuando se den los requisitos especificados en el apartado 2 del citado precepto:

- “Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar”. Si dicha circunstancia no se hubiera previsto en el contrato, deberá procederse a su modificación posterior, conforme al artículo 22.3. Igualmente, en caso de que en el contrato no conste la identificación de la empresa subcontratista “será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación”.
- “Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero”.
- Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica.

f) En cuanto a las medidas de seguridad que hayan de ser adoptadas por quienes realicen trabajos de tratamiento de datos por cuenta de tercero, habrán de ser, en principio, las mismas que las impuestas al responsable del fichero, tal y como se desprende de lo previsto en los artículos 9 y 12.2 de la Ley Orgánica, detallando el artículo 82 del Reglamento el modo en que deberán implantarse las medidas.

g) Por último, según el artículo 12.4, “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 personalmente”, siendo, en consecuencia, de aplicación el régimen sancionador establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley, sujetando el primero de ellos al encargado del tratamiento a dicho régimen”.

La doctrina emanada de la Audiencia Nacional ha permitido clarificar el alcance del concepto del encargado del tratamiento. Así, la Sentencia de 28 de septiembre de 2005 recuerda que “La diferencia entre encargado del tratamiento y cesión en algunos casos reviste cierta complejidad, pero como ha señalado esta Sección en la reciente sentencia de 12 de abril de 2005 (recurso 258/2003) lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con objeto de prestarle un servicio en

un ámbito concreto..... Siendo esencial para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargado. En suma, existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado". En consecuencia, para determinar si nos encontramos en presencia de un encargado del tratamiento deberá analizarse si su actividad se encuentra limitada a la mera prestación de un servicio al responsable, sin generarse ningún vínculo entre el afectado y el supuesto encargado, la consultante."

De todo lo expuesto podemos concluir que, si el centro formativo concertado por la agrupación de empresas, debe cumplir las obligaciones que señala el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y comunicar a los servicios de control y seguimiento de las acciones formativas impartidas, información, entre otras, sobre los trabajadores-alumnos que obtuvieron el correspondiente permiso individual de formación de su empresa para poder participar en la acción formativa, no puede entenderse que el centro deba sujetarse sólo a las instrucciones del responsable del tratamiento de los datos que serían las empresas correspondientes, y que dichas obligaciones trascienden a lo que se puede considerar meras instrucciones del responsable del tratamiento.

En el presente caso, la consultante, en cuanto ha de llevar a cabo la acción formativa y, en consecuencia, la impartición de los cursos de formación objeto de la ayuda pública, será responsable del fichero referido a los trabajadores a los que dicha acción se dirige, decidiendo, en relación con la finalidad de la citada impartición, sobre el contenido y uso del tratamiento.

A su vez, dado que serán los trabajadores los solicitantes de la acción formativa y que su desarrollo implicará el que el centro consultante conozca precisamente a quienes se dirige la acción formativa, cabrá considerar que la cesión de los datos de aquéllos se encuentra amparada por lo dispuesto en el artículo 11.2 c) de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor no será preciso el consentimiento de los afectados "Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica, cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique."

El desenvolvimiento de su relación laboral con la empresa, y en cuanto dicha relación lleve inherente la formación de sus trabajadores, implicará la conexión del tratamiento que realiza la empresa con los ficheros del centro que realice la formación.

II

La segunda cuestión que plantea la consulta se refiere también a la naturaleza o condición que tendrá la consultante en cuanto lleve a cabo la gestión y tramitación de la bonificación en las cuotas de la seguridad social de la que se benefician las empresas agrupadas.

En cuanto a la organización y gestión de la formación, el artículo 17 de la citada Orden TIN/2307/2007 señala en su número 1 que : “De conformidad con lo establecido en el artículo 16, apartados 1 y 2, del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, las empresas podrán:

(...)

c) Agruparse voluntariamente, designando a tal efecto una entidad organizadora para que gestione sus programas de formación.

2. La constitución de la agrupación de empresas, regulada en el artículo 16.2 del citado Real Decreto, habrá de formalizarse mediante acuerdo escrito firmado por los representantes legales de la entidad organizadora y de las empresas agrupadas, en el que deberán constar los datos de su identificación, las obligaciones de los firmantes y, específicamente, las que asume la entidad organizadora, así como, en su caso, la compensación económica por los costes de organización.

Además de las funciones señaladas en el citado precepto, la entidad organizadora podrá desarrollar aquellas otras que las partes acuerden relacionadas con la planificación de las acciones formativas a realizar, la selección de los centros formativos de impartición, los permisos individuales de formación, la programación del calendario de impartición y cualquier otra que contribuya a facilitar el desarrollo de la formación.

El acuerdo firmado quedará en poder de la entidad organizadora y de las empresas agrupadas a disposición de los órganos de control competentes. La entidad organizadora deberá indicar la fecha en que fue suscrito el citado acuerdo con cada una de las empresas agrupadas al darlas de alta en el sistema telemático previsto en el artículo 9 de esta Orden.”

En su artículo 18. 1 establece que “A través del sistema telemático previsto en el artículo 9, las empresas o las entidades organizadoras, en el caso de una agrupación, comunicarán, mediante modelo normalizado “Comunicación de inicio” la información relativa a cada acción formativa y grupo de formación que establece el artículo 16.3 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Con el fin de que la Administración Pública competente pueda planificar sus actividades de seguimiento y control “en tiempo real”, la citada comunicación deberá realizarse con una antelación mínima de 7 días naturales a la fecha de comienzo de cada grupo de formación.

3. La falta de comunicación en los plazos mencionados en los apartados 1 y 2 de este artículo implicará que el correspondiente grupo de formación se considere “no realizado” a efectos de aplicar la bonificación en las cotizaciones sociales, salvo que la falta de comunicación en plazo se deba a causas imprevistas, debidamente justificadas y comunicadas en el momento en que se produzcan”

Por último, el artículo 19 de esta Orden en su número 1 señala: A través del sistema telemático previsto en el artículo 9, y antes de practicar la bonificación correspondiente a cada acción o grupo, las empresa o las entidades organizadoras, en caso de una agrupación, deberán comunicar su finalización mediante modelo normalizado “Notificación de finalización de la formación” incorporado a dicho sistema. Esta comunicación deberá contener al menos, la información prevista en el artículo 16.3 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, e indicará la cuantía y el mes en que se aplicará la bonificación.

Dentro del artículo 16.3 citado, se señala entre la información a comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal a través de la Fundación Tripartita para el Empleo, el listado de trabajadores participantes que han finalizado la formación, y, según el artículo 19.2, en el citado listado deberán quedar identificados, en su caso, los trabajadores formados pertenecientes a los colectivos prioritarios a que se refiere el artículo 7 (entre ellos, los trabajadores discapacitados).

De lo anterior se desprende que la bonificación en las cuotas de la seguridad social sólo podrá efectuarse por las empresas, si la entidad organizadora cumple debidamente con la tramitación telemática y comunicaciones de datos señaladas, lo que comporta que estas entidades al asumir la acción formativa, asumen la gestión y tramitación de la bonificación de las empresas, por lo que su condición, desde el punto de vista de la protección de datos, ha de ser la misma que en el desarrollo de la actividad formativa, de modo que la entidad organizadora es en todo caso responsable del tratamiento de datos de los trabajadores solicitantes y participantes de cada acción formativa.

Al respecto, el artículo 16. 2 del Real Decreto 395/2007 citado anteriormente establece que las empresas agrupadas deben elegir una entidad organizadora que les organice y gestione sus programas de formación, tal posibilidad comprende que la gestión integral de las acciones formativas bonificadas la efectúe dicha entidad, indicando que, en este caso, las bonificaciones se aplicarán en los boletines de cotización de las empresas. Y,

en su número 3, inciso segundo, cuando señala que “antes de practicar la bonificación correspondiente a cada acción o grupo, las empresas, o bien las entidades organizadoras cuando se trate de una agrupación, deberán comunicar (...) el coste máximo bonificable”, permite entender que la norma ampara que las empresas agrupadas efectúen la cesión de los datos personales de los trabajadores necesarios para que la entidad organizadora pueda ejecutar la gestión y tramitación de las bonificaciones en sus respectivos boletines de cotización, de modo que tal comunicación de datos podría incardinarse en el artículo 11.2 c) de la LOPD.

Lo señalado nos lleva a la conclusión de que estamos ante una comunicación de datos y que el centro consultante será asumirá la condición de responsable del tratamiento de los mismos.

III

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, hay que tener en cuenta que, en determinadas ocasiones los trabajadores solicitantes de la acción formativa, pueden ser discapacitados y que éste dato personal deberá señalarlo al solicitar la participación en la formación, de manera que sólo si comunica este dato podrá reconocérsele la prioridad en la selección de los trabajadores. Así, el artículo 7.1 de la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, señala que “Podrán ser prioritarios para participar en las acciones de formación de demanda reguladas en esta orden los trabajadores ocupados pertenecientes a los colectivos señalados en el artículo 5.3 letra b) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Entre estos colectivos prioritarios están los trabajadores con discapacidad.

Además, el artículo 19.3 de la Orden establece que “Cuando se trate de una agrupación de empresas, la entidad organizadora de la formación deberá identificar por cada empresa los trabajadores participantes en los distintos grupos (con indicación, en su caso, de los pertenecientes a colectivos prioritarios) y costes de la formación sufragados por las empresas con indicación del coste máximo de la bonificación por empresa.” De modo que el dato de discapacidad de los trabajadores debe conocerlo la entidad organizadora.

El dato de discapacidad de una persona es un dato de salud según establece el artículo 5.1 g) que dice: “Datos de carácter personal relacionados con la salud: las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética.”

La LOPD establece un régimen específico para el tratamiento y cesión de estos datos contenido esencialmente en el artículo 7.3 que dice: “Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.”

De modo que la comunicación del dato de discapacidad de los trabajadores-alumnos a la entidad organizadora, no seguirá el régimen del artículo 11.2 c), sino que por el principio de especialidad, se regirá por el artículo 7.3 citado y, en consecuencia, la cesión de este dato por la empresa, requerirá el consentimiento expreso del trabajador. Esto se consigue en la práctica, exigiendo que en el impreso de solicitud de participación y del permiso individual de formación se recoja la autorización para la cesión de este dato, que será firmada y consentida por el trabajador.

Así se contempla en el artículo 22 de la Orden TAS/2307/2007 cuando establece que “Las empresas pondrán a disposición de los trabajadores que lo requieran el modelo de solicitud de autorización del permiso individual de formación que se incorpora en el anexo I de la presente Orden.” Este modelo recoge el texto siguiente: “A los efectos de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, el abajo firmante autoriza el tratamiento de los datos personales (incluyendo su incorporación en los ficheros correspondientes) incorporados en la solicitud y en otros documentos normalizados relativos a la acción formativa, para la gestión, financiación, control, seguimiento y evaluación de la acción formativa por el Servicio Público de Empleo Estatal, directamente o a través de la Fundación Tripartita para la Formación en el empleo (....)”

Por consiguiente, el trabajador discapacitado deberá reflejar este dato de su salud, tanto para beneficiarse de la prioridad en la selección de alumnos, como para la tramitación telemática de la acción formativa de la que resulta a la postre beneficiario, junto con su empresa que podrá descontar la bonificación en su cotización a la seguridad social, entendiendo que el reflejo del mismo y su firma, constituye el consentimiento expreso.