

La consulta plantea dudas sobre los supuestos de subcontratación a los que será de aplicación el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y si, en los supuestos en que no sea éste de aplicación, podrían comunicarse los datos personales de los trabajadores de la empresa subcontratada al empresario principal, en relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por lo que se reproduce nuevamente el contenido del mismo a continuación.

I

En primer lugar procede aclarar al consultante que el presente informe carece de valor vinculante y se evacúa al amparo de las facultades conferidas a esta Agencia Española de Protección de Datos por el artículo 37.1 e) de la Ley Orgánica 15/1999, a saber, “Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal.” y 5 b) del Estatuto Orgánico de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo. Ni constituye una resolución que se dicte dentro de un procedimiento incoado en virtud de las competencias que dichas normas atribuyen a la misma.

En segundo lugar, conviene precisar que no corresponde a este Ente público pronunciarse sobre el concreto alcance del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y sobre qué debe entenderse por subcontratación de la propia actividad por el empresario principal, extremo éste que es objeto de discusión doctrinal y cuyos parámetros han sido objeto de pronunciamiento por los Tribunales del orden social, incluido el Tribunal Supremo, por lo que sobre esta cuestión habrá de estarse a lo señalado por la jurisprudencia para cada caso concreto. De modo que el presente informe se centrará en analizar la adecuación a la citada Ley Orgánica 15/1999 (que debe recordarse, tutela otro derecho fundamental como es el de la autodeterminación informativa o derecho a la privacidad de los datos de carácter personal, en la configuración que del mismo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre), de las cesiones de datos en este ámbito.

II



La cuestión de las comunicaciones de datos personales de los trabajadores por parte del subcontratista al empresario principal, al amparo del artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, ha sido resuelta recientemente por esta Agencia de Protección de Datos como advierte la consulta en el Informe 0412/2009 de fecha 16 de septiembre, entre otros, haciéndose eco el consultante de las conclusiones en él emitidas, sin que advierta algún tipo de desacuerdo, por lo que damos de nuevo por reproducido lo que en dicho Informe se sostuvo en relación con este tipo de cesión de datos.

Ahora bien, el consultante se plantea cuál ha de ser el régimen aplicable a la cesión de datos de los TC-2 y nóminas que pudiera darse en los supuestos de subcontratación de servicios no comprendidos en la propia actividad del empresario principal, y que, por consiguiente, no encontraría cabida en la regulación contenida en tal artículo 42 del ET., sino que podría considerarse un contrato de arrendamiento de servicios o de obra de artículo 1583 y siguientes del CC.

Dicha cesión de datos de trabajadores de la empresa subcontratada debería ajustarse al régimen legal que contempla la LOPD y su Reglamento.

La respuesta a la cuestión concreta que plantea la consultante no puede darse en términos precisos y claros por cuanto no se especifica la finalidad para la que se cederían los datos contenidos en los documentos citados, siendo la finalidad uno de los pilares sobre los que se legitima el tratamiento y la cesión de datos. Así se desprende de la regulación contenida en el artículo 4 de la LOPD que señala: “1.- Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

2.- Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. (...)”

De modo que al no conocerse con qué finalidad se pretenden ceder los datos de los trabajadores en los supuestos excluidos del artículo 42. del ET, no se puede emitir un pronunciamiento adecuado a la cuestión, si bien, se procede a dar una respuesta de carácter general.

III

Con carácter general, la transmisión así planteada implica la existencia de una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como “Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

En relación con las cesiones, el artículo 11.1 de la Ley indica que “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”. No obstante, este consentimiento no será preciso, según el artículo 11.2 a) cuando exista una norma con rango de Ley que otorgue cobertura a la cesión planteada.

Por otro lado, según el artículo 11.2 c) excepciona la necesidad del consentimiento para que la cesión de datos pueda ser efectiva “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”.

No obstante, no puede obviarse que el TC2 contiene datos de salud y que en las nóminas pueden aparecer datos relativos a la afiliación sindical. Al tratarse de datos especialmente protegidos, las causas legitimadoras del artículo 11 no resultan aplicables dado el principio de especialidad, por lo que deberán de aplicarse los artículos 7.2 y 7.3 Ley Orgánica.

Así lo ha manifestado la Agencia Española de Protección de Datos en numerosas ocasiones señalando que *“Los citados documentos no se limitan únicamente a incluir una mera relación nominal de los trabajadores respecto de los cuales el empresario da cumplimiento a su obligación de abono de la correspondiente cuota, sino que introducen diversas informaciones referentes a los citados trabajadores, tales como su número de afiliación, si se encuentran en una de las situaciones especiales descritas en el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el tipo de contrato celebrado o la concurrencia de circunstancias que determinan la existencia de deducciones o compensaciones.*

Todo ello implica que dicho documento incluye datos que incluso pueden encontrarse vinculados con la salud de los trabajadores, relacionados con su salud laboral, incapacidades o minusvalías.

Respecto, en particular de estos datos el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que “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, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente”.

La Agencia Española de Protección de Datos ha puesto reiteradamente de manifiesto que la aplicación del artículo 7.3 implica, por mor del principio de especialidad, la imposible aplicación a los datos referidos en el mismo de

cualquiera de las causas legitimadoras del tratamiento previstas en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica, quedando limitados los supuestos habilitantes del tratamiento y cesión de estos datos a los establecidos en la norma especial o a aquéllos en los que la norma general se refiere expresamente a tales datos (como sucede en relación con los datos de salud en el artículo 11.2 f) de la Ley Orgánica 15/1999).

En este sentido, debe recordarse que la Agencia ha venido poniendo de manifiesto el concepto amplio que ha de darse a la referencia a los datos de salud a los que se refiere el artículo 7.3. Este criterio ha sido finalmente reiterado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de noviembre de 2003 (caso Lindqvist), según la cual “Es preciso dar una interpretación amplia de la expresión datos de salud, empleada por el artículo 8 apartado 1 (de la Directiva 95/46/CE), de modo que comprende la información relativa a todos los aspectos tanto físicos como psíquicos de la salud de una persona”

En cuanto a la comunicación de las nóminas, en algunas aparecen datos relativos a la afiliación sindical, para efectuar los pagos de las cuotas correspondientes a los sindicatos, cuando así lo haya manifestado expresamente el trabajador a éste.

Como regla general, el dato de la afiliación sindical tiene la naturaleza de datos especialmente protegidos, en los términos previsto en la Ley Orgánica 15/1999, disponiendo el artículo 7.2 de la misma, en su inciso primero, que “sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias”.

En el informe citado 0412/2009 se justificaba la cesión del dato de afiliación sindical en los siguientes términos:

“Como regla general, el dato de la afiliación sindical tiene la naturaleza de datos especialmente protegidos, en los términos previsto en la Ley Orgánica 15/1999, disponiendo el artículo 7.2 de la misma, en su inciso primero, que “sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias”.

Según prevé el artículo 3 c) de la Ley Orgánica, serán tratamiento de datos las “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”.

A este respecto, el artículo 4.2 de la Ley, “los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con

aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos". Esta previsión, debe interpretarse de forma armonizada con lo establecido en el artículo 7.2 precitado.

Dado que la Ley no identifica qué ha de entenderse por "fin compatible", debe analizarse la existencia de dicha compatibilidad en cada supuesto de hecho que se plantee, determinando si a la luz de las disposiciones aplicables a cada caso y de las circunstancias del mismo cabe considerar que esa finalidad que se alega como compatible resulta lícita a la luz de las normas aplicables y si la misma guarda una adecuada relación con la finalidad que justificó el tratamiento de los datos.

El tratamiento del dato relativo a la afiliación sindical se efectúa por el empresario, para que de la nómina se detraiga la cuota sindical correspondiente.

Dado que la finalidad de dicho tratamiento va ligada al pago de la nómina y que en virtud de la obligación solidaria que impone el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, al contratista principal, para el pago de las deudas salariales correspondientes, podemos concluir que el tratamiento de dicha información es para un fin idéntico del que justifica el tratamiento efectuado por el subcontratista.

Por ello, siendo los fines idénticos, podemos entender que la comunicación de dichos datos es conforme con el artículo 7.2 en conexión con el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 y la obligación impuesta por el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores".

Por consiguiente, sólo en el caso de que por disposición legal, el empresario principal tenga que afrontar solidariamente el pago de la nómina de los trabajadores de la subcontratada, se entendería la cesión de este dato, porque no variaría la finalidad del tratamiento del mismo y el consentimiento del trabajador prestado para este tratamiento.

En consecuencia, si la contratación de la realización de una obra o servicio no es incardinable en el artículo 42 del ET, la comunicación del dato sindical precisaría del consentimiento expreso y por escrito de los trabajadores afectados, consentimiento que sólo podrá entenderse válidamente prestado en los términos especificados en el artículo 3 h) de la LOPD, aiendo para ello necesario que el afectado conozca a quién y con qué finalidad se consiente la comunicación.

