



Se plantean diversas cuestiones en relación con la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la implantación de un sistema de Mystery shopping en una red de concesionarios de una sociedad de distribuidores de bienes de consumo.

Según señala el consultante el sistema de control y evaluación de calidad será prestado por una tercera empresa especializada en esos servicios y consiste en la simulación, por parte de personal especializado de diferentes acciones comerciales (tales como la compra de productos, planteamiento de preguntas concretas, registro de quejas) cuya finalidad es la elaboración de informes de calidad tendentes a obtener una visión completa y objetiva del sistema comercial analizado. Asimismo indica que se contempla la posibilidad de que durante la ejecución de los sistemas de control y evaluación se realice la captación de imágenes y sonido, mediante el uso de cámaras ocultas, de los trabajadores de los concesionarios que podrán ser identificados en el informe.

I

Con carácter general, debe indicarse que los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, extienden su protección a los derechos de los ciudadanos en lo que se refiere al tratamiento de sus datos de carácter personal, siendo definidos éstos en el artículo 3.a) de la citada Ley como *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, precisa que constituye un dato de carácter personal *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”*

Dicha definición procede del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo 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 se entenderán por datos personales *“toda información sobre una persona física identificada o*

identificable (el "interesado"); 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».

El Grupo de trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la Unión Europea 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, en su Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, señala que la Directiva maneja un concepto lato de datos personales, resaltando que dicha definición "refleja la intención del legislador europeo de mantener un concepto amplio de «datos personales» a lo largo de todo el proceso legislativo. En la propuesta original de la Comisión se explicaba que *«como en el Convenio 108, se adopta una definición amplia para abarcar toda información que pueda vincularse a una persona»*. La propuesta modificada de la Comisión señalaba que *«la propuesta modificada recoge el deseo del Parlamento de que la definición de "datos personales" sea tan amplia como sea posible con el fin de incluir toda información referente a una persona identificable»*, un deseo que también el Consejo tuvo en cuenta en la posición común".

El citado Dictamen analiza la definición contenida en el artículo 2 de la directiva señalando lo siguiente:

“La expresión «toda información» utilizada en la Directiva indica claramente la voluntad del legislador de dar un sentido amplio al concepto «datos personales». Esta redacción exige una interpretación amplia.

Desde el punto de vista de la naturaleza de la información, el concepto de datos personales incluye todo tipo de afirmaciones sobre una persona. Por consiguiente, abarca información «objetiva» como, por ejemplo, la presencia de determinada sustancia en su sangre, pero también informaciones, opiniones o evaluaciones «subjetivas». Esta última clase de afirmaciones constituye una parte considerable del caudal de datos personales tratados en sectores como el de la banca, para evaluar la fiabilidad de los prestatarios («Fulano es un prestatario fiable»), el asegurador («no se espera que Fulano muera pronto») o el laboral («Fulano es un buen trabajador y merece un ascenso»).

Para que esas informaciones se consideren «datos personales», no es necesario que sean verídicas o estén probadas. De hecho, las normas de protección de datos prevén la posibilidad de que la información sea incorrecta y confieren al interesado el derecho de acceder a esa información y de refutarla a través de los medios apropiados.

Desde el punto de vista del contenido de la información, el concepto de datos personales incluye todos aquellos datos que proporcionan información cualquiera que sea la clase de ésta. Por supuesto esto incluye la información personal



considerada «datos sensibles» en el artículo 8 de la Directiva a causa de su naturaleza particularmente delicada, pero también otras categorías más generales de información. El término «datos personales» comprende la información relativa a la vida privada y familiar del individuo stricto sensu, pero también la información sobre cualquier tipo de actividad desarrollada por una persona, como la referida a sus relaciones laborales o a su actividad económica o social. El concepto de «datos personales» abarca, por lo tanto, información sobre las personas, con independencia de su posición o capacidad (como consumidor, paciente, trabajador por cuenta ajena, cliente, etc.).

Como continuación de dicho análisis el Grupo de trabajo examina el término “sobre” indicando que *“ya se ocupó anteriormente de la cuestión de cuándo puede considerarse que una información versa «sobre» una persona. En el marco de sus debates sobre los problemas de protección de datos planteados por las etiquetas RFID, el Grupo de trabajo señaló 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».*

Por consiguiente, no solamente la imágenes sino también la voz y cualesquiera informaciones, referentes a los trabajadores de los concesionarios, que se obtengan o deriven del sistema de control objeto de consulta, incluidas las valoraciones que de su desempeño profesional se hagan, constituirán datos personales cuyo tratamiento estará sujeto a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999.

II

El tratamiento de datos de carácter personal a que la consulta se refiere debe encontrarse fundado en alguna de las causas legitimadoras previstas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, disponiendo a este respecto su número primero que *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.”*

Ahora bien en lo que se refiere a los trabajadores de los concesionarios, cabe recordar que el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, adoptado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 señala que *“Por lo que respecta al “Consentimiento”, el Grupo del artículo 29 considera que si un empresario debe tratar datos personales como consecuencia inevitable y necesaria de la relación laboral, no debería legitimar este tratamiento a través del consentimiento. Por el contrario, el recurso al consentimiento deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarse de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar posteriormente sin verse perjudicado por ello.”*

Esta es también la postura de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

(Reglamento general de protección de datos), cuyo considerando 34 señala lo siguiente. *“El consentimiento no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal cuando exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento. Así sucede especialmente cuando el primero se encuentra en una situación de dependencia respecto del segundo, por ejemplo, cuando los datos personales de los trabajadores son tratados por el empresario en el contexto laboral.(...)”*

De este modo, el tratamiento de datos a que la consulta se refiere no puede ampararse en el consentimiento del trabajador, no obstante cabe analizar si resulta de aplicación lo dispuesto en el número 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 conforme al cual *“ No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal (...) se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”*, considerando que dicho tratamiento, siempre que se encuentre ajustado a los principios de protección de datos, podría ser parte de la relación laboral en base a lo previsto en el artículo 20.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, según el cual *“El empresario podrá 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 y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”*.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003 declara que *“...el art. 20.3 del mismo Estatuto permite al empresario adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, le impone la restricción consistente en el deber de guardar en la adopción y aplicación de las mismas “la consideración debida a su dignidad humana” (la del trabajador). Lo cual supone reconocer que el derecho a la libertad de empresa y a la dirección de la actividad laboral que tiene el empresario constitucional y legalmente reconocida tiene que compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, pues este sigue disfrutando de tales derechos cuando lleva a cabo trabajos por cuenta ajena, cual ha reconocido de forma reiterada el Tribunal Constitucional...”*

De este modo, si bien en el presente supuesto la finalidad del tratamiento de datos es la de enjuiciar la calidad del servicio prestado por el concesionario, en aquellos supuestos en que el servicio se preste materialmente por sus trabajadores, indirectamente constituirá un control de la prestación laboral, por lo que dicho tratamiento podría encontrarse amparado en lo previsto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, siempre que sea respetuoso con los derechos fundamentales y, en particular y en lo que aquí respecta, con los principios que rigen el derecho a la protección de datos personales.



III

Así en primer lugar, la recogida y análisis de los datos debe efectuarse de manera leal y lícita, prohíbe en este sentido el artículo 4.7 de la Ley Orgánica 15/1999 la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. El tratamiento, por consiguiente, deberá ser leal con el trabajador como señala el aludido Dictamen 8/2001 del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral.

En lo que se refiere a la proporcionalidad del tratamiento de datos objeto de consulta, establece el número primero del artículo 4 de la ley Orgánica 15/1999 que *“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 las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.”*

Señalaba a este respecto la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003 que *“ los controles empresariales que puedan establecer los empleadores en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales, y que para poder afirmar si ese respeto se entiende producido o no habrá que establecer en cada caso si la medida empresarial adoptada se acomoda a las exigencias de proporcionalidad entre el fin pretendido con ella y la posible restricción de aquel derecho fundamental de los trabajadores, para lo cual es necesario constatar si dicha medida "cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”*

De este modo deberá en cada caso concreto ponderarse si el sistema utilizado es proporcionado a la finalidad legítima de comprobar la calidad de la prestación del servicio, de forma que en su ejecución el sistema sea idóneo, necesario por no existir un procedimiento menos lesivo para los derechos de los interesados y equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y del mismo no se deriven perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores.

Asimismo los datos recabados se encuentran sometidos al principio de finalidad consagrado en el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 según el cual *“Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para*

finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.”

De esta manera el tratamiento de datos a que se refiere la consulta se encuentra vinculado a la finalidad determinada, específica y legítima que justifica el mismo, de manera que los datos únicamente pueden ser tratados en el ámbito de la dicha finalidad, tal y como dispone el artículo 4.1 de la misma norma, sin que se puedan tratar para fines incompatibles con aquéllas. Debe aclararse aquí que la Audiencia Nacional partiendo de una interpretación sistemática de este precepto viene considerando la expresión “finalidades incompatibles” como sinónimo de “finalidades distintas”.

En lo que respecta al principio de exactitud dispone el artículo 4.3 que “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.”, exigiendo el artículo 4.4 que, si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, sean cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16.

En consecuencia, el empresario deberá tomar todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a la finalidad para la que fueron recogidos sean cancelados o rectificadas.

Debe igualmente hacerse especial referencia al principio de conservación al que se refiere el artículo 4.5 de la Ley Orgánica 15/1999 según el cual “Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.”

Debe aquí tenerse en cuenta que la cancelación de los datos no supone automáticamente el borrado o supresión físico de los datos, sino su bloqueo, tal y como dispone el artículo 16.3 de la Ley Orgánica 15/1999 según el cual “la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”.

Por su parte el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 determina como debe llevarse a cabo el bloqueo en su artículo 5.1. b) al definir la cancelación como el “Procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales,



para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos.”

En cuanto al modo de llevar a cabo el bloqueo, se señalaba en informe de esta Agencia de 5 de junio de 2007 que *“deberá efectuarse de forma tal que no sea posible el acceso a los datos por parte del personal que tuviera habitualmente tal acceso, por ejemplo, el personal que preste sus servicios en el centro consultante, limitándose el acceso a una persona con la máxima responsabilidad y en virtud de la existencia de un requerimiento judicial o administrativo a tal efecto. De este modo, pese a permanecer el tratamiento de los datos, el acceso a los mismos quedaría enteramente restringido a las personas a las que se ha hecho referencia.”*

Respecto del plazo de cancelación, la previsión contenida en el artículo 16.3 se complementa con la previsión contenida en el artículo 16. 5 que indica que *“los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”*.

En cuanto a cuáles son los plazos de prescripción de responsabilidades, esta Agencia se ha pronunciado en diversas ocasiones, señalando en informe de 1 de agosto de 2005 que *“En lo atinente a la determinación de los períodos en que el dato habrá de permanecer bloqueado, en relación con lo dispuesto en el artículo 16.3, resulta imposible establecer una enumeración taxativa de los mismos, debiendo, fundamentalmente, tenerse en cuenta, como ya se ha indicado con anterioridad, los plazos de prescripción de las acciones que pudieran derivarse de la relación jurídica que vincula al consultante con su cliente, así como los derivados de la normativa tributaria o el plazo de prescripción de tres años, previsto en el artículo 47.1 de la propia Ley Orgánica 15/1999 en relación con las conductas constitutivas de infracción muy grave.”*

IV

Para que el sistema de control objeto de consulta sea conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, debe recordarse que su artículo 5 impone un deber de información al interesado aún cuando no sea preciso su consentimiento para el tratamiento de datos. Dispone dicho artículo en su número primero que *“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.”

Cabe aquí recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado al respecto en su Sentencia de 11 de febrero de 2013 que *“Ese derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento. Es verdad que esa exigencia informativa no puede tenerse por absoluta, dado que cabe concebir limitaciones por razones constitucionalmente admisibles y legalmente previstas, pero no debe olvidarse que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental, exigiendo además que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, y en relación con el derecho a la protección de datos personales, STC 292/2000, FFJJ 11 y 16).*

(...)

En conclusión, no debe olvidarse que hemos establecido de forma invariable y constante que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 7, o 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 4). Por ello, al igual que el interés público en sancionar infracciones administrativas resulta insuficiente para que la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos, según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 18), tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. No hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa.”

Por consiguiente, el trabajador debe haber sido advertido de la adopción del sistema de control a que la consulta se refiere, informándole de la posibilidad de grabación de la ejecución del sistema de control, así como de los demás datos que van a ser objeto de tratamiento, de la finalidad del tratamiento de datos y de la posibilidad del ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación cancelación y oposición. El deber de información a los trabajadores es, como se ha señalado inexcusable, sin perjuicio de la información que de conformidad con lo establecido



en el artículo 64 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores deba facilitarse a los representantes de los trabajadores para su conocimiento o para la correspondiente emisión de informe.

Debe además recordarse que el responsable del tratamiento deberá utilizar un procedimiento que le permita acreditar que se ha dado cumplimiento a dicho deber de informar, en tanto que sobre él recae la carga de la prueba. Si bien en lo que a dicha prueba se refiere rige el principio de libertad de forma, como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de julio de 2010, que anula el artículo 18 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, relativo a la acreditación del cumplimiento del deber de información.

V

Otro aspecto de capital importancia es la necesidad de garantizar en toda su extensión el derecho de acceso de los interesados a los datos que obren en el fichero relativo al tratamiento a que la consulta se refiere y los derechos de rectificación y cancelación en los casos en que existan errores en la información contenida o se incluyan datos que no deban figurar en el fichero.

El derecho de acceso se define en el artículo 27 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 como *“el derecho del afectado a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos.”* Dispone también dicho artículo en su apartado segundo que *“En virtud del derecho de acceso el afectado podrá obtener del responsable del tratamiento información relativa a datos concretos, a datos incluidos en un determinado fichero, o a la totalidad de sus datos sometidos a tratamiento”*

El artículo 29 del Reglamento se refiere al otorgamiento del acceso disponiendo en su número primero que *“El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de acceso en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición de acceso, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.”*

En el caso de que no disponga de datos de carácter personal de los afectados deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo.”

Asimismo, el artículo 31.1 del Reglamento define el derecho de rectificación como *“el derecho del afectado a que se modifiquen los datos que resulten ser inexactos o incompletos”,* configurando el derecho de cancelación como aquél cuyo ejercicio *“dará lugar a que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos, sin perjuicio del deber de bloqueo conforme a este reglamento.”*

Ambos derechos se encuentran vinculados al incumplimiento por parte del responsable del fichero, de los principios consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999, en particular los de actualización, exactitud y conservación de los datos, aunque la rectificación o cancelación puede proceder de la conculcación de cualquiera de los principios enumerados en dicho artículo, de este modo procederá otorgar el citado derecho cuando se esté produciendo un tratamiento de datos excesivos en relación con la finalidad que justifica aquél tratamiento, así como cuando los datos se estén empleando para fines incompatibles con el que justificó su recogida y tratamiento o cuando los datos hayan sido conservados y no cancelados por un período superior al derivado de la finalidad por la que se trataron o, evidentemente, cuando los datos no resulten exactos ni respondan, tal y como exige el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999 a la situación actual del afectado.

A este respecto, el artículo 31.2 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, precisa que *“El ejercicio del derecho de cancelación dará lugar a que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos, sin perjuicio del deber de bloqueo conforme a este reglamento”*.

Al interesado le asiste igualmente el derecho de oposición regulado en el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 15/1999 según el cual *“En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.”*

El derecho de oposición se configura como un derecho distinto del derecho de cancelación ya que el tratamiento de los datos respecto de los que se solicita la cancelación no podrá ser considerado lícito, bien por haber devenido inadecuado, o por que se vulneran los principios de calidad consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. Sin embargo, el derecho de oposición opera en los supuestos en los que el tratamiento de datos es plenamente lícito, pero que en razón a la específica situación personal alegada por el afectado procede que se exceptúe su tratamiento.

Por consiguiente, el ejercicio del derecho de oposición obliga al responsable del fichero a realizar una valoración de la situación personal del afectado, considerando si procede exceptuar dicho tratamiento.

En cuanto al modo de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los afectados, se ajustará a lo previsto en los artículos 15 a 18 de la Ley Orgánica 15/1999 y en el Título III de su Reglamento de desarrollo, pudiendo los afectados solicitar a esta Agencia la tutela de dichos derechos cuando el responsable del fichero o tratamiento actúe de forma contraria a lo previsto en la Ley, sin perjuicio de las competencias sancionadoras que a esta Agencia se



atribuyen en los supuestos de incumplimiento de los requisitos y garantías previstas en la normativa de protección de datos.

VI

Por último, respecto a la posición que ostentará desde el punto de vista de la normativa de protección de datos el concesionario que encarga el sistema de control objeto de consulta, debe tenerse en cuenta que el artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999 considera responsable del fichero o tratamiento a la *“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*.

Igualmente el artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de dicha Ley en su letra q) define al responsable del fichero o del tratamiento como la *“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.”*

En el presente supuesto, solamente el concesionario, en su calidad de empleador de los trabajadores afectados por el tratamiento de datos resultante de dicho sistema de control, se encuentra legitimado, en los términos vistos, para llevar a cabo el mismo, de manera que éste ostentará el carácter de responsable, correspondiéndole todos los deberes y obligaciones que la Ley Orgánica 15/1999 exige a éstos, entre los que se encontrará la notificación al Registro General de Protección de Datos del correspondiente fichero en la forma establecida en el artículo 55 del Reglamento de protección de datos.

En lo que se refiere a la empresa encargada de la realización efectiva del tratamiento deberá tener la condición de encargada del tratamiento. Esta figura responde a la necesidad de dar respuesta a fenómenos como el de la externalización de servicios, de manera que en aquellos supuestos en que el responsable del tratamiento encomiende a un tercero la prestación de un servicio que requiera el acceso a datos de carácter personal por éste, dicho acceso no pueda considerarse como una cesión de datos. Es así que el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, establece que *“no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”*

De este modo, el artículo 3 g) de la Ley Orgánica considera que tiene tal condición *“La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”* precisando el artículo 5.1.i) de su Reglamento que será encargado de tratamiento *“La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales*

por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.”

El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, dispone asimismo en su artículo 20.1 *“El acceso a los datos por parte de un encargado del tratamiento que resulte necesario para la prestación de un servicio al responsable no se considerará comunicación de datos, siempre y cuando se cumpla lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y en el presente capítulo”.*

En este sentido, tal y como señala el informe de esta Agencia de 27 de julio de 2006 *“Para delimitar si en un supuesto concreto nos encontramos ante una cesión de datos o ante una realización de actividades reguladas por el artículo 12 de la Ley Orgánica, será preciso atender a las circunstancias de cada caso, de tal forma que existirá cesión en aquellos supuestos en los que quien reciba los datos pueda aplicar los mismos a sus propias finalidades, decidiendo sobre el objeto y finalidad del tratamiento, lo que la convertirá a su vez en un responsable del fichero o tratamiento, mientras que la figura regulada por el artículo 12 de la Ley Orgánica tendrá cabida en aquellos otros casos en que la entidad receptora de los datos se limite a efectuar determinadas operaciones sobre los mismos, sin decidir sobre su finalidad.”*

Para que la relación entre responsable y encargado del tratamiento pueda darse y se ajuste a la Ley, es preciso, además, que se cumplan los requisitos expresados en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, considerando los siguientes aspectos:

En primer lugar, como se ha visto, es preciso que el acceso a los datos por el tercero se efectúe con la exclusiva finalidad de prestar un servicio al responsable del fichero. Dicha relación de servicios debe encontrarse contractualmente establecida. En lo que atañe a los requisitos formales de este tipo de contratos, el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999 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”.*

De este modo, en el contrato entre el concesionario y la empresa que le preste el servicio o en un instrumento específico que se formalice para cumplir con las exigencias del artículo 12 deberán concretarse las funciones a realizar por el encargado del tratamiento, señalándose que deberá cumplir con las instrucciones del responsable del fichero que el propio contrato señale así como aquéllas otras que, con mayor concreción, el responsable pueda impartir a lo largo del tiempo en que se presta el servicio.



Asimismo, como dispone el artículo 12 en su número 2, antes transcrito, en el documento que se firme debe constar expresamente que el encargado no aplicará los datos ni los utilizará con un fin distinto al que figure en éste, ni los comunicará ni siquiera para su conservación a otras personas

Debe añadirse aquí que por expresa disposición de los artículos 12.4 de la Ley Orgánica 15/1999 y 20.3 de su Reglamento de desarrollo, 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.

Cabe así recordar que el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999 al regular el deber de secreto impone éste a todos los que participen en un tratamiento de datos al disponer *“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”*

El artículo 12.3 de la Ley exige 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.”*

El artículo 22 del aludido Reglamento concreta las obligaciones relativas a la conservación de los datos por el encargado del tratamiento disponiendo lo siguiente:

“1. 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.

No procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que exija su conservación, en cuyo caso deberá procederse a la devolución de los mismos garantizando el responsable del fichero dicha conservación.

2. El encargado del tratamiento conservará, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.”

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 artículo 9 y 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999 y deberán especificarse en el contrato.