

CNS 24/2019

Dictamen sobre la consulta formulada por una empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua de un Ayuntamiento, en relación a la licitud de la transmisión de datos personales de sus trabajadores a la Corporación.

Una sociedad (...) presenta un escrito en el que expone que es la empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable al municipio (...) desde el año 2004 en el que se adjudicó y formalizó el correspondiente contrato de concesión.

Se señala que la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento aprobó “Las Instrucciones Municipales reguladoras del procedimiento de control de la concesión de abastecimiento de agua potable al municipio (...), y que éstas se aprobaron, “ ...de acuerdo con las potestades que ostenta la Administración contratante, con el fin de facilitar la relación contractual entre el Ayuntamiento (...) y la concesionaria, como el cumplimiento de las obligaciones por parte de la adjudicataria” .

Se expone que las instrucciones contemplan los criterios que deben regir la actuación en relación con el personal propio de la empresa, y se concretan los datos de los trabajadores que deben facilitarse al Ayuntamiento, detalladas a continuación:

Personal propio de la empresa:

- **Anualmente la empresa presentará un Planning de trabajo, de los recursos humanos existentes, del calendario laboral y vacaciones.**
- **Trimestralmente natural, antes de 10 días naturales que comience el trimestre se facilitará:**
 1. **Calendario de trabajo, horario laboral, vacaciones programado de cada trabajador. Se facilitará un informe por día y agrupada por cada mes por cada uno de los trabajadores.**
 2. **Programa trimestral del personal de guardia.**
- **Mensualmente, en el plazo máximo de diez días naturales posteriores a la finalización de cada mes, por cada trabajador, se facilitará:**
 - i. **Horario teórico y efectivo del trabajo realizado.**
 - ii. **Tareas realizadas, por cada parte de trabajo: el código del operario asignado a (...), puesto, tiempo trabajo, geolocalización de la labor en el término municipal.**
 - iii. **Incidencias laborales: bajas, asuntos propios...”**

La entidad afirma que ha recibido un requerimiento por parte del Ayuntamiento solicitante que aporte en el plazo de 10 días hábiles, toda la documentación detallada en las citadas Instrucciones. Considera que estas instrucciones fueron aprobadas antes de la aplicación del nuevo RGPD y que los datos personales de los trabajadores solicitados no son proporcionales, necesarios e idóneos para atender el control del cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario, suponiendo, a juicio de la entidad, una vulneración del principio de minimización

Teniendo en cuenta lo expuesto, se pide el parecer de la Autoridad en relación con la licitud de las previsiones contenidas en la mencionada Instrucción respecto al envío de los datos personales de los trabajadores de la empresa requeridas por el Ayuntamiento.

Analizada la consulta, que se acompaña de las Instrucciones del Pleno del Ayuntamiento sobre las que se formula la consulta, y de acuerdo con el informe de la Asesoría jurídica emito el siguiente dictamen.

(...)

II

La consulta plantea si el envío de determinada información laboral del personal propio de la empresa concesionaria, contenida en las “Instrucciones Municipales Reguladoras del Procedimiento de control de la concesión de abastecimiento de agua potable al municipio (...) adjudicada a (...)” aprobadas por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se ajusta a las normas y principios del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales (en adelante, RGPD).

El artículo 4.1 del RGPD define el concepto de datos personales como “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»)", y considera como persona física identificable “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un número, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.”

El artículo 5.1.a) RGPD establece que todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»). Para que este tratamiento o cesión de datos personales sea lícito es necesario que concurra alguna de las condiciones previstas en el artículo 6 RGPD, y en caso de que se trate de categorías especiales de datos hay que tener en cuenta también las previsiones del artículo 9 RGPD.

El artículo 6.1 RGPD dispone que para llevar a cabo un tratamiento es necesario contar con una base jurídica que legitime este tratamiento, ya sea el consentimiento de la persona afectada, ya sea alguna de las demás circunstancias que prevé el mismo precepto, como que “el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento” (letra c) o que “el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento (letra e)), que esté prevista en una base jurídica de acuerdo con las previsiones de los apartados 2 y 3 del mismo artículo.

El apartado 3 de este precepto dispone: “La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por:

a) el Derecho de la Unión, o

b) el Derecho de los Estados miembros que sea de aplicación al responsable del tratamiento.

La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. (...)"

La remisión a la base legítima establecida conforme al derecho interno de los Estados miembros requiere, en el caso del Estado Español, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Española, que la norma de desarrollo, por tratarse de un derecho fundamental, tenga rango de ley.

En este sentido, la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), dispone en el artículo 8:

“1. El tratamiento de datos personales sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

2. El tratamiento de datos personales sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679 , cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley. “

A partir de aquí, y contando que no se dispone del consentimiento de los trabajadores/ras afectadas, es necesario analizar el contexto normativo en que se dictan estas instrucciones, la información personal que podría quedar afectada por el contenido de las Instrucciones Municipales, y si a tenor de lo dispuesto en la normativa de protección de datos existe o no una base jurídica que habilite el tratamiento de los datos solicitados.

III

Las Instrucciones Municipales reguladoras del procedimiento de control de gestión de la concesión de abastecimiento de aguas otorgado en régimen de concesión a la entidad consultante, se aprueban, según indica el texto del anuncio de publicación, “de acuerdo con las potestades que ostenta la Administración contratante, con el fin de facilitar la relación contractual entre el ayuntamiento y la concesionaria, como el cumplimiento de las obligaciones por parte de la adjudicataria.”

El servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable es de titularidad pública (66.3 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen

local de Cataluña (en adelante, TRLMRLC), vinculada al principio de irrenunciabilidad de las competencias (artículo 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público).

De acuerdo con los artículos 67. a) del TRLMRLC y 26.1.a) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el abastecimiento de agua potable es uno de los servicios públicos mínimos que han que prestar todos los municipios. El Ayuntamiento, como titular del servicio, es responsable de garantizar a los usuarios el correcto funcionamiento del mismo, y está obligado a que su gestión se haga de la forma más sostenible y eficiente posible, directa o indirectamente (artículo 249 TRLMRLC).

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (en adelante LCSP), introduce numerosos mecanismos de control para garantizar la calidad de la ejecución de las prestaciones de servicio que contrata el sector público.

El artículo 62 LCSP, además de contemplar la designación de un responsable del contrato, independientemente de la unidad de seguimiento y ejecución ordinaria del contrato, el apartado 3 prevé específicamente para los casos de concesiones de obras públicas y de servicios, la designación de una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que respecta a la calidad en la prestación de los servicios.

El artículo 190 LCSP atribuye al órgano de contratación, una serie de prerrogativas y le otorga entre otras, las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites que establece esta ley. Estas facultades de inspección, en ningún caso, pueden implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones oficinas y demás emplazamientos en que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que estos emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato, supuesto en que el órgano de contratación debe justificarlo de manera expresa detallada en el expediente administrativo.

A su vez, el artículo 238 del ROAS (Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales) dispone que corresponde a los entes locales la potestad de dirección y control del servicio público y el artículo 248 atribuye a la administración local en estos casos la facultad de: "Fiscalizar local puede inspeccionar el servicio, las obras, las instalaciones y los locales, y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, dictando las órdenes para mantener o restablecer la prestación correspondiente."

En este contexto, el Ayuntamiento debe poder conocer si el personal que la empresa asigna al servicio es o no adecuado para atender el servicio y se ajusta a las previsiones contenidas en los pliegos, ya la vista del detalle de datos contenidos en la Instrucción parece lógico que el Ayuntamiento requiera a la adjudicataria el Planning anual de trabajo, los recursos humanos existentes, y la información sobre los calendarios laboral y de vacaciones.

También parece lógico que, con el objetivo de garantizar un determinado nivel de calidad del servicio, el Ayuntamiento pretenda obtener trimestralmente el calendario de trabajo, el horario laboral y

las vacaciones programadas por cada trabajador (punto 1), así como el programa trimestral del personal de guardia (punto 2).

Esto permitiría a Ayuntamiento conocer cuáles son las previsiones de la empresa para cubrir las necesidades del servicio, y comprobar que los trabajadores/as adscritas (operarios, técnicos, etc.) así como la estructura de soporte para garantizar el tiempo de respuesta en casos de incidencias se ajuste a los compromisos adquiridos por la empresa y sea suficiente para garantizar

Además, se solicita la entrega mensual del horario teórico y efectivo del trabajo realizado (i), las tareas realizadas por cada parte del trabajo (código del operario asignado a (...), el puesto, el temas de trabajo y la geolocalización de la tarea en el término municipal), así como las incidencias laborales (bajas, asuntos propios).

Dejando aparte la información sobre las bajas de los trabajadores (que por su naturaleza analizaremos en el fundamento V), la información mensual solicitada permitiría contrastar las horas de trabajo programadas por cada trabajador/a asignado con las efectivamente realizadas, y comprobar que éstas se correspondan con servicios prestados en el municipio. Se trata de información que puede ser relevante y necesaria para realizar el seguimiento de los compromisos adquiridos por la adjudicataria, y valorar la calidad y eficiencia del servicio prestado.

Teniendo en cuenta todo esto, y dado que la organización laboral del personal encargado de prestar el servicio incide directamente en el funcionamiento del mismo, las potestades de control e inspección atribuidas a la administración (titular del servicio), podrían justificar la transmisión de información laboral de los trabajadores/ras de la adjudicataria adscritos al servicio, sin necesidad de disponer del consentimiento, de acuerdo con el artículo 6.1.c) RGPD.

Ahora bien, el principio de minimización de los datos (artículo 5.1 d) RGPD) exige que los datos sometidos a tratamiento sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con las finalidades para las que son tratadas.

En el caso analizado, no genera ninguna duda de que pueda ser relevante disponer de la información individualizada para cada trabajador sobre las horas de trabajo programadas y efectivamente realizadas en los términos previstos en la Instrucción a efectos de cumplir con la finalidad de seguimiento y control de la gestión del servicio y del cumplimiento de las obligaciones por parte de la adjuntaría.

Esta finalidad, sin embargo, se lograría igualmente sin necesidad de sacrificar innecesariamente la privacidad de los trabajadores/ras afectados. De hecho, en el apartado referido a la información sobre las tareas realizadas y su geolocalización, las mismas instrucciones piden identificarlas con el código del operario que las haya realizado.

El acceso a la información sobre el puesto de trabajo de una persona, el horario de trabajo que realiza, en qué período hace vacaciones, o los días que se ausenta del trabajo por asuntos personales, supone una invasión en la privacidad de los trabajadores. Teniendo en cuenta que la finalidad de control de las obligaciones se podría alcanzar igualmente sin necesidad de identificar a los trabajadores con el nombre y apellidos, en aplicación del principio de minimización habrá que facilitar los datos de forma que el Ayuntamiento no pueda relacionar la información con la persona física concreta, pseudonimizando la información.

La pseudonimización de los datos, en términos del artículo 4.5 del nuevo RGPD, consiste en tratar los datos personales de forma que ya no puedan atribuirse por terceros al titular de los datos sin utilizar información adicional, siempre que esta información adicional conste por separado, y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas adecuadas.

Así, los datos solicitados se podrían facilitar sustituyendo el nombre y apellidos de los trabajadores/ras afectados/as, por un código que no permitiera su identificación. La reidentificación sólo debería ser posible vinculando este código con el trabajador/ra a quien se asociara, y por tanto sólo podría hacerla el responsable del tratamiento, en este caso la empresa adjudicataria.

Advertir en este sentido, que sería aconsejable facilitar la información con un código expresamente creado al efecto, distinto al del código de operario que puedan tener los trabajadores. En la medida en que este código de operador sea empleado para otros fines, como podría ser por ejemplo como sistema de control de acceso a determinadas instalaciones, podría no ser efectivo a efectos de evitar la identificación.

En cualquier caso, los principios de la protección de datos deben aplicarse a cualquier información relativa a una persona física identificable, y como apunta el considerante 26 del RGPD “Las datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información de una persona física identificable.” Por tanto, hay que tener presente que a los datos pseudonimizados les es de aplicación la normativa de protección de datos.

Por último, señalar que no puede descartarse que el acceso del Ayuntamiento a la identidad de los trabajadores/ras de la adjudicataria pueda estar justificado para cumplir otras finalidades.

Recuerda que el artículo 201 de la LCSP obliga al órgano de contratación a “adoptar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral que establecen el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado, y en particular las establecidas en el anexo V.”

Aparte de las previsiones de la legislación de contratación pública, hay que tener en cuenta que el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores declara la responsabilidad solidaria del empresario respecto de las obligaciones de naturaleza salarial y de la seguridad social contraídas por el contratista con sus trabajadores (supuesto que fue analizado por la Autoridad en el dictamen CNS 32/2013, disponible en la web www.apdcat.cat). A tal efecto, y con el fin de constatar que la empresa cumple con las obligaciones salariales y de la Seguridad Social, podría estar justificado el acceso por parte del Ayuntamiento a determinados datos personales de los trabajadores. Pero en este dictamen no se analiza esta cuestión, sino que se centra exclusivamente en las finalidades expuestas en la consulta.

V

En cuanto a los datos sobre las bajas laborales de los trabajadores, hay que tener presente que la información que permita la identificación por vía directa o indirecta del trabajador/a que está de baja, es información que debe ser tratada como dato relativo a la salud.

El artículo 4.15) RGPD define los datos relativos a la salud como: “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelan información sobre su estado de salud;”

El Considerante 35 del RGPD especifica que “Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. (...).

En la medida en que las bajas laborales se producen por enfermedades (comunes o no), accidentes laborales o maternidad, la información sobre la situación de baja de un trabajador/a está relacionada con su estado de salud, debe ser tratada como tal, aunque no se especifique la causa o motivo de la baja.

El artículo 9.1 RGPD incluye los datos relativos a la salud dentro de las categorías especiales de datos, y prohíbe su tratamiento salvo que concurren alguna de las excepciones previstas en el apartado 2 del mismo artículo 9 RGPD.

El Considerante 51 del RGPD pone de manifiesto el carácter restrictivo con el que se pueden admitir los tratamientos de estos datos:

“(51) “Especial protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y libertades fundamentales. (...) Tales datos personales no deben ser tratados, salvo que se permita su tratamiento en situaciones específicas contempladas en el presente Reglamento, habida cuenta de que los Estados miembros pueden establecer disposiciones específicas sobre protección de datos con objeto de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento al cumplimiento de una obligación legal o al cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Además de los requisitos específicos de este tratamiento, deben aplicarse los principios generales y otras normas del presente Reglamento, sobre todo en lo que se refiere a las condiciones de licitud del tratamiento. Se deben establecer de forma explícita excepciones a la prohibición general de tratamiento de estas categorías especiales de datos personales, entre otras cosas cuando el interesado dé su consentimiento explícito o tratándose de necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento sea realizado en el marco de actividades legítimas por determinadas asociaciones o fundaciones cuyo objetivo sea permitir el ejercicio de las libertades fundamentales.

(52) Asimismo deben autorizarse excepciones a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales cuando lo establezca el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y siempre que se den las garantías apropiadas, a fin de proteger datos personales y otros derechos fundamentales, cuando sea en interés público, en particular el tratamiento de datos personales en el ámbito de la legislación laboral, la legislación sobre protección social, incluidas las pensiones y fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, la prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud.(...)”

De acuerdo con estas consideraciones, el tratamiento de datos de salud de los trabajadores requerirá no sólo la concurrencia de una de las bases jurídicas establecidas en el artículo 6 del RGPD sino que, además, deberá concurrir alguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD.

Dicho esto, del contenido de las Instrucciones sometidas a consulta, no parece que el tratamiento de estos datos por parte del Ayuntamiento a efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones de la adjudicataria previstas en los pliegos de cláusulas del contrato con la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento del servicio, pueda alojarse en ninguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 9.2 del RGPD.

Sin embargo, para valorar el correcto funcionamiento del servicio no sería necesario identificar cuáles son las personas que están de baja.

Si lo que se pretende es valorar el grado de afectación al servicio de las ausencias de los trabajadores inicialmente programados para cubrir las distintas necesidades, no parece que pueda tener relevancia que el motivo sea por baja laboral o por asuntos personales. Bastaría saber los puestos de trabajo dónde y cuándo se han producido las ausencias, y si éstas se han cubierto o no. Teniendo en cuenta esto, los datos pseudonimizados no deberían incluir el detalle o motivo de la ausencia.

Si lo que se pretende es valorar el número de bajas producidas y en qué lugares afectan, sería suficiente, al saber cuántos trabajadores se han visto afectados por bajas, con qué duración y si han sido sustituidos o no, pero sin ofrecer información que permita vincularlo a trabajadores concretos.

CONCLUSIÓN

Con la información de que se dispone, y por aplicación del principio de minimización la transmisión al Ayuntamiento del detalle de información laboral de los trabajadores/ras de la empresa adjudicataria contenida en las Instrucciones reguladoras del procedimiento de control de la concesión de abastecimiento de agua, debería facilitarse de forma anonimizada o pseudonimizada. A efectos de control de la calidad del servicio, no parece que en este caso sea necesaria la identificación de los trabajadores afectados.

Barcelona, 28 de mayo de 2019