

Dictamen en relación a la consulta formulada por una entidad sobre el tratamiento de datos del censo electoral y de afiliación sindical.

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos una consulta formulada por la Delegada de Protección de Datos (DPD) de una entidad sobre el tratamiento de datos del censo electoral.

La DPD plantea:

“Desde el Área de Relaciones Laborales (...) se plantea la colaboración con una entidad externa (...) para implementar un sistema de votaciones por correo electrónico, que podría servir también para las elecciones sindicales.

Con motivo de lo anterior, se plantea facilitar a dicha entidad externa, como encargado del tratamiento, una serie de datos, entre ellos los datos del censo electoral, así como el voto emitido por cada votante, aunque éste se prevé que sea cifrado .”

En este contexto formula las siguientes cuestiones:

“- ¿Sería legítimo, en el contexto de un contrato de encargado del tratamiento, compartir los datos del censo electoral (...) como responsable en el marco de la finalidad planteada?

- Por otra parte, y teniendo en cuenta el sistema de cifrado del voto, sería legítimo, en el mismo contexto de contrato de encargado del tratamiento, que se utilizara este sistema para gestionar las elecciones sindicales, sin necesidad de recoger el consentimiento previo de los trabajadores, ¿teniendo en cuenta que la afiliación sindical es una fecha de categoría especial ?”

Analizada la consulta, vista la normativa vigente aplicable y de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica, emito el siguiente dictamen:

Y

(...)

II

Expone la DPD que se están planteando la colaboración con una entidad externa para implementar un sistema de votaciones por correo electrónico, que podría servir también para las elecciones sindicales. Según indica, *“con motivo de lo anterior, se plantea facilitar a dicha entidad externa, como encargado del tratamiento, una serie de datos, entre ellos los*

datos del censo electoral, así como el voto emitido por cada votante, aunque éste es prevé que sea cifrado.”

En este contexto la DPD plantea dos cuestiones:

“- ¿Sería legítimo, en el contexto de un contrato de encargado del tratamiento, compartir los datos del censo electoral (...) como responsable en el marco de la finalidad planteada?”

- Por otra parte, y teniendo en cuenta el sistema de cifrado del voto, sería legítimo, en el mismo contexto de contrato de encargado del tratamiento, que se utilizara este sistema para gestionar las elecciones sindicales, sin necesidad de recoger el consentimiento previo de los trabajadores, ¿teniendo en cuenta que la afiliación sindical es una fecha de categoría especial?”

Ante la escasa información facilitada por la DPD en su consulta se interpreta, a efectos de este dictamen, que la finalidad de la comunicación de los datos a los que hace referencia es la realización de elecciones a representantes de los trabajadores (miembros del comité de empresa dado el número de trabajadores de la entidad) mediante voto electrónico.

Centrada la consulta en estos términos desde el punto de vista de la normativa de protección de datos procede analizar, en primer lugar, cuál es la base jurídica para el tratamiento de los datos del censo electoral y demás datos personales necesarios para el desarrollo de las elecciones sindicales, y, en segundo lugar, si existe habilitación suficiente para la realización de las elecciones mediante voto electrónico.

III

Desde el punto de vista de la normativa de protección de datos debe tenerse en consideración que el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante, RGPD)) de acuerdo con lo que establece su artículo 2.1 se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

El artículo 4.1 del RGPD precisa que dato personal es toda información sobre una persona física identificada o identificable (el *“interesado”*), añadiendo que se considera persona física identificable a toda persona cuya identidad se pueda determinar, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador online o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales se considera tratamiento, *“ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”* (artículo 4.2 RGPD), y

todo tratamiento de datos debe adecuarse a los principios recogidos en el artículo 5 del RGPD (licitud, lealtad y transparencia, limitación de la finalidad, minimización, exactitud, limitación del plazo de conservación, integridad y confidencialidad y, responsabilidad proactiva).

Para que un tratamiento sea lícito debe contar con, al menos, una base jurídica de las previstas en el artículo 6.1 del RGPD, entre las cuales a los efectos que interesan, debe tenerse en cuenta que se considera que el tratamiento es lícito si es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento (artículo 6.1.c) RGPD) siendo necesario contar con una norma con rango de ley que la regule tal y como se desprende del artículo 6.3 del RGPD y recoge expresamente el artículo 8 del LOPDDDD.

Si el tratamiento es de categorías especiales de datos (datos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de forma unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o a las orientaciones sexuales de una persona física) es necesario que se dé, además, alguna de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 RGPD.

Así, el apartado 2 del artículo 9 recoge las siguientes excepciones a la regla general:

a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichas datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;

b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo conforme al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;

c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;

d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;

e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;

f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;

g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, en base al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado".

La realización de un proceso electoral a representantes de los trabajadores, como el planteado en la consulta, requiere el tratamiento de datos de los trabajadores, no sólo identificativos de éstos por estar incluidos en el censo de trabajadores y en el censo de votantes, sino también otra información más sensible como el hecho de haber ejercido o no el voto y, en especial el sentido del voto.

El sentido del voto de los trabajadores en las elecciones sindicales afecta a aspectos personales relacionados con la orientación política, filosófica o ideológica de éstos, puesto que ponen de manifiesto aspectos relevantes del conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona y, por tanto, supone el tratamiento de categorías especiales de datos.

Además del tratamiento de los datos de orientación política de los trabajadores que participan en las elecciones como electores, la gestión del proceso electoral comportará el tratamiento de datos de afiliación sindical de los trabajadores que participan en el proceso electoral como candidatos en representación de los sindicatos a los que están afiliados.

Para que estos tratamientos se consideren lícitos es necesario que se dé alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 9.2 RGPD.

En el ámbito al que hace referencia la consulta conviene analizar el supuesto previsto en la letra b) del artículo 9.2 del RGPD, relativo a que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que lo autorice el derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo de acuerdo con el derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas respecto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

Para que concurra esta circunstancia será necesario:

a) Que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio de derechos específicos del empresario o de la persona interesada en el ámbito del derecho laboral o de la seguridad y protección social, y

b) Que lo autorice el derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo, que establezcan garantías adecuadas en lo que respecta al respeto de los derechos fundamentales y los intereses de las personas afectadas.

En cuanto a la habilitación contenida al derecho de los estados miembros, el considerante 41 del RGPD dispone que *"cuando el presente Reglamento hace referencia a una base jurídica o a una medida legislativa, esto no exige necesariamente un acto legislativo adoptado por un parlamento"*, pero añade que esto debe entenderse *"sin perjuicio de los*

requisitos de conformidad con el ordenamiento constitucional del Estado miembro de que se trate". En el caso del Estado Español, de acuerdo con las exigencias constitucionales, la norma que lo prevea, por tratarse del desarrollo de un derecho fundamental, deberá tener rango de ley (artículo 53 CE).

En este sentido, el artículo 88 del RGPD ha establecido que los Estados miembros pueden, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular, entre otros, a efectos del cumplimiento de las obligaciones que establece la ley o el convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo. Estas normas deben incluir medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales.

En definitiva, en el caso que nos ocupa, a fin de determinar si el tratamiento de los datos de los trabajadores para la elaboración del censo electoral y para la realización de las elecciones de representantes de los trabajadores es un tratamiento lícito, procede atender al que establece el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (adelante TRLET) y el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

IV

El procedimiento electoral de los representantes de los trabajadores está regulado en los artículos 69 a 76 del TRLET, en el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en el empresa .

De acuerdo con el artículo 67 TRLET la promoción de elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa corresponde a las organizaciones sindicales que reúnen los requisitos exigidos por el TRLET oa los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario: *Podrán promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario . Los sindicatos con capacidad de promoción de elecciones tendrán derecho a acceder a los registros de las Administraciones Públicas que contengan datos relativos a la inscripción de empresas y altas de trabajadores, en la medida necesaria para llevar a cabo tal promoción en sus respectivos ámbitos.(. ..)*"

Los delegados de personal y los miembros del comité de empresa son elegidos por los trabajadores mediante: *"sufragio personal, directo, libre y secreto" (artículo 69.1 TRLET)*
El artículo 73 del TRLET establece:

"1. En la empresa o centro de trabajo se constituirá una mesa por cada colegio de doscientos cincuenta trabajadores electores o fracción.

2. La mesa será la encargada de vigilar todo el proceso electoral, presidir la votación, realizar el escrutinio, levantar el acta correspondiente y resolver cualquier reclamación que se presente.

3. La mesa estará formada por el presidente, que será el trabajador de mayor antigüedad en la empresa, y dos vocales, que serán los electores de mayor y menor edad. Éste último actuará de secretario. Se designarán suplentes a aquellos trabajadores que sean a los titulares de la mesa en el orden indicado de antigüedad o edad.

4. Ninguno de los componentes de la mesa podrá ser candidato y, de serlo, le sustituirá en ella su suplente.

5. Cada candidato o candidatura, en su caso, podrá nombrar un interventor por mesa. Asimismo, el empresario podrá designar un representante suyo que asista a la votación y al escrutinio.”

El artículo 74 TRLET atribuye a las mesas electorales las siguientes funciones:

“1. Comunicado a la empresa el propósito de celebrar elecciones, ésta, en el término de siete días, dará traslado de la comunicación a los trabajadores que deban constituir la mesa, así como a los representantes de los trabajadores, poniéndolo simultáneamente en conocimiento de los promotores.

La mesa electoral se constituirá formalmente, mediante acta otorgada al efecto, en la fecha fijada por los promotores en su comunicación del propósito de celebrar elecciones, que será la fecha de iniciación del proceso electoral.

2. Cuando se trate de elecciones a delegados de personal, el empresario, en el mismo término, remitirá a los componentes de la mesa electoral el censo laboral, que se ajustará, a estos efectos, a modelo normalizado.

La mesa electoral cumplirá las siguientes funciones:

a) Hará público entre los trabajadores el censo laboral con indicación de quiénes son electores.

b) Fijará el número de representantes y la fecha tope para la presentación de candidaturas.

c) Recibirá y proclamará las candidaturas que se presenten.

d) Señalará la fecha de votación.

e) Redactará el acta de escrutinio en un plazo no superior a tres días naturales.

(...)

3. Cuando se trate de elecciones a miembros del comité de empresa, constituida la mesa electoral solicitará al empresario el censo laboral y confeccionará, con los medios que le deberá facilitar éste, la lista de electores. Ésta se hará pública en los tabloneros de anuncios mediante su exposición durante un tiempo no inferior a setenta y dos horas. La mesa resolverá cualquier incidencia o reclamación relativa a inclusiones, exclusiones o correcciones que se presenten hasta veinticuatro horas después de haber finalizado el plazo de exposición de la lista. Publicará la lista definitiva dentro de las veinticuatro horas

siguientes. A continuación, la mesa, o su conjunto, determinará el número de miembros del comité que deban ser elegidos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.

(...).”

En cuanto al desarrollo de las elecciones, el artículo 75 TRLET establece:

“1. El acto de la votación se efectuará en el centro o puesto de trabajo y durante la jornada laboral, teniendo en cuenta las normas que regulan el voto por correo. El empresario facilitará los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral.

2. El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas.

3. Inmediatamente después de celebrada la votación, la mesa electoral procederá públicamente al recuento de votos mediante la lectura por el presidente, en voz alta, de las papeletas.

4. Del resultado del escrutinio se levantará acta según modelo normalizado en la que se incluirán las incidencias y protestas habidas en su caso. Una vez redactada el acta será firmada por los componentes de la mesa, los interventores y el representante del empresario, si lo hubiere. Acto seguido, las mesas electorales de una misma empresa o centro, en reunión conjunta, extenderán el acta del resultado global de la votación.

5. El presidente de la mesa remitirá copias del acta de escrutinio al empresario ya los interventores de las candidaturas, así como a los representantes electos. El resultado de la votación se publicará en los tabloneros de anuncios.

6. El original del acta, junto con las papeletas de votos nulos o impugnados por los interventores y el acta de constitución de la mesa, serán presentadas en el plazo de tres días en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral por el presidente de la mesa, quien podrá delegar por escrito en algún miembro de la mesa. La oficina pública dependiente de la autoridad laboral procederá en el inmediato día hábil a la publicación en los tabloneros de anuncios de una copia del acta, entregando copia a los sindicatos que así se lo soliciten y dará traslado a la empresa de la presentación en dicha oficina pública del acta correspondiente al proceso electoral que ha tenido lugar en aquélla, con indicación de la fecha en que finaliza el plazo para impugnarla y mantendrá el depósito de las papeletas hasta cumplirse los plazos de impugnación. La oficina pública dependiente de la autoridad laboral, transcurridos los diez días hábiles desde su publicación, procederá o no al registro de las actas electorales.

(...)”

Los artículos analizados atribuyen al empresario, entre otros, las funciones de trasladar el Preaviso de la convocatoria a los representantes de los trabajadores y trabajadoras y comunicar a las personas que deben formar la Mesa electoral la celebración de las elecciones (artículo 74.1 TRLET); facilitar a la Mesa electoral el Censo laboral y los datos necesarios para su configuración (artículo 74.2 y 74.3); así como facilitar el tiempo y medios necesarios para el ejercicio efectivo del voto.

Asimismo, estos artículos atribuyen a la Mesa o mesas electorales, entre otras, las funciones de elaborar y publicar el censo electoral (provisional y definitivo) (artículo 74 TRLET), vigilar el desarrollo de todo el proceso electoral (73.2 TRLET), fijar el número de representantes a elegir, recibir y proclamar las candidaturas que se presenten, resolver las reclamaciones (73.2 TRLET), fijar la fecha de la votación, realizar el escrutinio, extender las correspondientes actas del resultado de las elecciones, extender las actas de constitución de la mesa y las actas de escrutinio con las papeletas de los votos nulos o impugnados en los plazos legalmente establecidos, etc. (artículo 75 TRLET).

Por su parte, el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, regula en el artículo 10 la posibilidad de votación por correo postal y establece el procedimiento a seguir en los casos en que un elector no pueda ejercitar el derecho de sufragio en el lugar que le corresponde establezcan la posibilidad de que pueda emitir su voto por correo postal previa comunicación a la mesa electoral.

La regulación contenida en los artículos 69 a 76 TRLET, así como el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa constituyen la base jurídica que habilita el tratamiento de los datos personales del censo electoral así como el resto de datos necesarios para a la gestión del proceso electoral de las elecciones a delegados de personal ya miembros del comité de empresa, en relación con el artículo 6.1.c) y en el artículo 9.2.d) RGPD en el sentido de que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento y de los interesados en el ámbito del derecho laboral regulados en una norma con rango de ley.

En lo que concierne al tratamiento de los datos de afiliación sindical de los candidatos que se presentan a ser elegidos como representantes o delegados de personal en representación de sus correspondientes sindicatos, además de la excepción prevista en el artículo 9. 2.d) del RGPD concurre también la excepción prevista en la letra e) de este artículo, en la medida en que se trataría de datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos.

V

Ahora bien, la DPD consulta sobre la posibilidad de comunicar los datos del censo electoral y los datos de las votaciones de los trabajadores a una tercera entidad en el marco de un contrato de encargo del tratamiento con el fin de llevar a cabo las elecciones con voto electrónico.

La regulación del procedimiento electoral establecido por el TRLET es muy detallada y reglamentista hasta el punto de que establece que el artículo 74.2 establece: “ El voto *será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas .* ”

Así pues, se prevé expresamente que la votación se realice en papeletas de papel y con determinadas características. En ningún caso se prevé que la votación se realice por medios electrónicos, ni establece, en consecuencia, las garantías necesarias para el tratamiento de

las categorías especiales de datos que la utilización de los medios electrónicos en la votación comportaría.

En relación con esta falta de concreción de la norma, debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo, en la que el tribunal recuerda que la injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas requiere una norma con rango de ley y precisa los requisitos indispensables que debe reunir esta norma como garantía de la seguridad jurídica:

"[...] Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esta norma legal "debe reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica", esto es, "debe expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención " (STC 49/1999 , FJ 4). En otras palabras, "no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias [...], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites" (STC 292/2000, FJ 15).

La segunda exigencia mencionada constituye la dimensión cualitativa de la reserva de ley, y se concreta en las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales . En la STC 292/2000, FJ 15, señalamos que, aun teniendo un fundamento constitucional, las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley "pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación", pues "la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción"; "al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien debe aplicarla". En la misma Sentencia y fundamento jurídico precisamos también el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: "no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál debe ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142) 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341), FJ 7)".

Es decir, la afectación por el derecho a la protección de datos que se derive de la norma que regule el tratamiento de categorías especiales de datos debe ser previsible.

Además, en la sentencia también se determina que la norma debe establecer garantías adecuadas, especialmente cuando se traten categorías especiales de datos. En particular, el Tribunal manifiesta lo siguiente:

La exigencia de especial protección de esta categoría de datos está prevista en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (RCL 1985, 2704) , de 28 de enero de 1981 (instrumento

de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 274, de 15 de noviembre de 1985), cuyo artículo 6 establece lo siguiente: "Las datos de carácter personal que revelan el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como las datos de carácter personal relativas a la salud oa la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. [...]". [...]

Las garantías adecuadas deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que las datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención. La naturaleza y el alcance de las garantías que resulten constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores esencialmente: el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo; la naturaleza de los datos; y la probabilidad y gravedad de los riesgos de abuso y utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento ya la categoría de datos de que se trate. Así, no plantean los mismos problemas una recogida de datos con fines estadísticos que una recogida de datos con un fin concreto. Tampoco supone el mismo grado de injerencia la recopilación y procesamiento de datos anónimos que la recopilación y procesamiento de datos personales que se toman individualmente y no se anonimizan, como no es lo mismo el tratamiento de datos personales que revelan el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física, que el tratamiento de otro tipo de datos.

El nivel y la naturaleza de las garantías adecuadas no se pueden determinar de una vez para todas, pues, por un lado, deben revisarse y actualizarse cuando sea necesario y, por otro lado, el principio de proporcionalidad obliga a verificar si, con el desarrollo de la tecnología, aparecen posibilidades de tratamiento que resultan menos intrusivas o potencialmente menos peligrosas para los derechos fundamentales."

Por tanto, la norma con rango de ley que habilite el tratamiento de categorías especiales de datos debe definir también las garantías adecuadas para el tratamiento.

En caso de que nos ocupe TRLET no prevé la realización del proceso electoral por medios electrónicos ni establece las garantías mínimas necesarias para este tipo de tratamiento. En consecuencia se puede concluir que el TRLET no constituye una base jurídica suficiente para el tratamiento de los datos de los trabajadores en el procedimiento electoral para la elección de los representantes de los trabajadores mediante voto electrónico.

Como se ha expuesto el artículo 9.2.b) y el artículo 88 RGPD prevén la posibilidad de que un convenio colectivo constituya la base jurídica del tratamiento de categorías especiales de datos en el ámbito laboral siempre que éste establezca las garantías adecuadas con respecto al respeto de los derechos fundamentales y los intereses de las personas afectadas.

En la medida en que la materia de que se trate pueda ser objeto de un convenio colectivo éste podría, siempre que contenga garantías suficientes, constituir la base jurídica del tratamiento de categorías especiales de datos. Sin embargo, el procedimiento electoral no parece que pueda ser objeto de negociación colectiva. Respecto a esta cuestión la reciente sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) núm. 165/2022, de 12 de diciembre de 2022, ha puesto de manifiesto que las normas que regulan el procedimiento electoral son

normas de derecho necesario que no pueden ser obviadas por acuerdo de las partes afectadas.

Además la sentencia, concluye que no resulta admisible el voto telemático en las elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentando su consideración, entre otros, en los siguientes argumentos:

“1.- El TRLET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) sólo admite el voto en papel.

La interpretación gramatical (art. 3,1 Cc) del arte. 75.2 ET no admite otro tipo de voto que el emitido en papel impreso ya que señala al respecto:

*“El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las **papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas**”.*

No podemos considerar que una interpretación sociológica del precepto, esto es, adecuada a la realidad social del momento en que debe ser aplicada esta norma admita el voto telemático por las siguientes razones:

a.- el actual texto refundido del ET data del 23-10-2.015 momento en el que las comunicaciones telemáticas estaban suficientemente implantadas en la sociedad, por eso, consideramos que si el legislador hubiera querido admitir el voto telemático lo habría hecho así;

b.- de hecho cuando el legislador ha querido que en procesos electorales se admita el voto telemático así lo previsto expresamente, como lo ha hecho en normas anteriores y coetáneas al actual TRLET- así el art. 44 del TRLEBEP, o Capítulo VIII del Real Decreto 555/2011, de 20 de abril, por el que se establece el régimen electoral del Consejo de Policía (arts. 19 y ss);

c.- es más, de la más reciente legislación en materia de representación de trabajadores por cuenta ajena como es la contenida en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, se deduce una clara voluntad del legislador de excluir el voto telemático en las elecciones a representantes unitarios, púas de la lectura del arte. 19.3 de dicha norma se deduce una clara opción por el voto presencial de las personas que trabajan a distancia.

2.- Las normas que regulan el procedimiento electoral son normas de derecho necesario no pudiendo ser obviado por acuerdo de las partes afectadas.

Legamos a la conclusión llega anunciada por cuanto que como se ha dicho hasta la sociedad, a raíz de los razonamientos la STC 73/1984, las normas que regulan la legitimación para negociar Convenios colectivos del título III del ET son normas de derecho necesario absoluto pudiendo ser obviada por las partes negociadoras.”

En este sentido, de acuerdo con lo expuesto previamente, la inexistencia de base jurídica suficiente impide el tratamiento de los datos personales de los trabajadores en un procedimiento electoral mediante el voto electrónico. En caso de que existiera esta base jurídica en una norma con rango de ley con las garantías suficientes, debería estar en sus

previsiones generales y eventualmente en las previsiones particulares de carácter reglamentario a los efectos de evaluar el cumplimiento de la normativa de protección de datos y, por aquellos aspectos no regulados, cuáles serían las previsiones a cumplir, en el marco de la normativa de protección de datos personales.

Es necesario analizar, finalmente si el consentimiento de los trabajadores, como menciona la DPD en su consulta, podría ser una circunstancia que habilitara el tratamiento de los datos de ideología de los trabajadores en un proceso electoral con voto electrónico.

Al respecto cabe tener en consideración que el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD) establece: *“A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias origen racial o étnico.(...)”*.

Por tanto, el consentimiento del afectado, en este caso de los trabajadores que participan en el proceso electoral, no es suficiente para levantar la prohibición del tratamiento de los datos personales que permitan identificar la ideología.

En definitiva, de todo lo expuesto se puede concluir que no se considera que exista base jurídica suficiente para el tratamiento de los datos personales de los trabajadores en un proceso electoral mediante el voto electrónico. Esta carencia de base jurídica impide analizar el resto de cuestiones planteadas por la DPD en su consulta.

Conclusión

La inexistencia de base jurídica suficiente que habilite el tratamiento de los datos personales de los trabajadores en un procedimiento electoral mediante el voto electrónico impide dar respuesta a las cuestiones planteadas, ya que debería estar en las previsiones concretas de la habilitación legal y el eventual despliegue reglamentario, para evaluar los aspectos concretos referidos al cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Barcelona, 3 de marzo de 2023