

EL “INTERÉS LEGÍTIMO” DE LA EMPRESA COMO BASE DE LICITUD PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE LA PERSONA TRABAJADORA

THE COMPANY’S “LEGITIME INTEREST” AS A LAWFUL BASIS FOR THE PROCESSING OF WORKER’S PERSONAL DATA*

Julen Llorens Espada**

Universidad Pública de Navarra – Nafarroako Unibertsitate Publikoa

SUMARIO: 1. El concepto de “interés legítimo” y su papel como base de legitimación del tratamiento de datos personales. –2. La “necesidad” del tratamiento. –3. La “prueba de sopesamiento” como medida de equilibrio; 3.1. La base del “interés legítimo” del responsable del tratamiento; 3.2. Repercusión sobre la parte trabajadora; 3.3. La expectativa razonable del interesado; 3.4. El equilibrio de la balanza y las garantías adicionales. –4. El derecho de oposición. –5. Situaciones en las que el “interés legítimo” opera como base de licitud, especial referencia al Dictamen 2/2017 del GT 29; 5.1. Tratamientos de datos en los procesos de selección y del examen al empleo; 5.2. Tratamientos derivados de la vigilancia y uso de las TIC en el lugar de trabajo; 5.3. “Interés legítimo” en el trabajo a distancia; 5.4. Tratamientos relacionados con el empleo del tiempo y la presencia; 5.5. Tratamientos de datos de vehículos utilizados por los trabajadores; 5.6. Tratamiento de datos de contacto o de productividad de los trabajadores; 5.7. Tratamiento de datos dentro de grupos empresariales. –Bibliografía.

RESUMEN

El presente artículo se centra en el estudio del “interés legítimo” de la empresa o tercero como vía de legitimación para el tratamiento de datos personales de la persona trabajadora. El legítimo interés aparece como una vía de licitud autónoma en el art. 6.1. f) RGPD y, como tal, se presenta como un título habilitador capaz de amparar tratamientos sin necesidad del consentimiento del interesado, así como de aquellos que excedan de la propia ejecución del contrato de trabajo o que, dentro de esa función, no se presenten como necesarios para ello. El estudio aborda el concepto de “interés legítimo” y los requisitos para obtener la validez de este tratamiento sobre la base de los Dictámenes específicos del Grupo de Trabajo del artículo 29, así como las diversas resoluciones de la AEPD en esta materia.

* Recibido el 9 de junio de 2022. Aprobado el 19 de septiembre de 2022.

** Profesor Contratado doctor (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

This article focuses on the study of the “legitimate interest” of the company or third party as a means of legitimation for the processing of personal data of the worker. The legitimate interest appears as an autonomous path of legality in art. 6.1. f) GDPR and, as such, it is presented as an enabling title capable of protecting treatments without the consent of the interested party, as well as those that exceed the execution of the employment contract itself or that, within that function, are not presented as necessary for it. The study addresses the concept of “legitimate interest” and the requirements to obtain the validity of this treatment based on the specific Opinions of the Article 29 Working Group, as well as the various resolutions of the AEPD on this matter.

Palabras clave: Interés legítimo, prueba de sopesamiento, garantías, protección de datos personales.

Key words: Legitimate interest, balancing test, guarantee, personal data protection.

1. EL CONCEPTO DE “INTERÉS LEGÍTIMO” Y SU PAPEL COMO BASE DE LEGITIMACIÓN DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

El art. 6.1 RGPD recoge, con carácter exhaustivo y taxativo, las bases jurídicas que justifican el tratamiento de datos personales diferenciando, por un lado, el consentimiento del interesado (apartado a), y por otro, una serie de supuestos sobre los que se permite excepcionar tal consentimiento por entenderse que ya viene implícito en un contrato (apartado b) o que concurren otra serie de intereses superiores que se anteponen sobre el mismo y hacen necesario el tratamiento (apartados c-f). Dentro de estos últimos, el apartado f) considera que el tratamiento tendrá suficiente base de legitimación cuando “sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales”.

El texto del Reglamento (UE) no aporta una definición del concepto de “interés legítimo”¹, si bien, la STJUE de 24 de noviembre de 2011, en interpretación del art. 7 f) de la Directiva 95/46/CE, que recogía la misma dicción legal que el actual art. 6.1 f) RGPD, apuntó como contraria al texto europeo la interpretación restrictiva que España había realizado del mismo, adhiriendo en la transposición nacional un nuevo requisito al exigir complementariamente que “los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público”. El TJUE apuntó a la inadecuación al marco europeo de cualquier previsión nacional que excluyese categóricamente esta vía para algún tipo de tratamiento, generando una restricción con carácter definitivo y sin mediación de la preceptiva ponderación, siendo que

¹ GOÑI SEIN, J. L., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (Incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 93 y ss.

la licitud o ilicitud de cada tratamiento habrá de circunscribirse a cada caso y conflicto determinado. De ese modo, vendría a rechazar que los Estados puedan añadir requisitos adicionales a lo previsto en el texto europeo para poder acudir a la vía del “interés legítimo”.

En cualquier caso, recordaba el TJUE, esta base de legitimación del tratamiento queda condicionada por los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, sin que se pueda con ella transgredir los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para ello, será necesaria la realización de una prueba de sopesamiento de los intereses confluyentes y poder concluir entonces si, para el caso concreto, resulta este un fundamento jurídico válido para el tratamiento. Dentro de este sopesamiento el TJUE reconocía, sobre la base del art. 5 Directiva 95/46/CE, el margen de apreciación de los Estados para “establecer los principios que deben regir esa ponderación”.

Respecto a qué se debe entender por “interés”, el Grupo de Trabajo del art. 29, en su *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*, se refiere a él desde una acepción equiparable a “finalidad”. En ese sentido, cuando se recurra al “interés” habrá de pensarse en el objetivo o intención para la que se prevé el tratamiento y, en ello, la finalidad aparecerá como elemento vertebral. Quedan así descartados intereses futuribles o hipotéticos, debiendo ser este “real y actual, que se corresponda con actividades presentes o beneficios que se esperen en un futuro muy próximo”, lo cual vendrá a excluir los meramente especulativos o abstractos². Como reconoce el GT 29, el carácter “apremiante” del interés jugará un papel relevante a efecto de reconocer su licitud, lo cual vendrá de la mano de otro de los requisitos de activación como es el de la necesidad del tratamiento.

Dentro del supuesto específico que nos compete, el “interés” tendrá que guardar relación con la actividad empresarial, a efecto de contribuir a finalidades económicas o productivas y que reporten un beneficio a la empresa. En este sentido, la naturaleza del interés guardará una directa relación con la prueba de sopesamiento, en tanto será el factor que se confrontará a los intereses y los derechos fundamentales del interesado.

Este “interés” tendrá igualmente que aparecer como “legítimo”, entendiéndose por tal que el tratamiento es aceptable de conformidad con el marco legal específico de protección de datos y el resto de la legislación aplicable. La legitimidad resulta condicionada entonces por el propio sopesamiento de los intereses en juego.

De este modo, el concepto de interés legítimo en el ámbito empresarial guarda una estrecha relación con la necesidad de la empresa en la realización de un tratamiento de datos directamente relacionado con la ejecución del contrato de trabajo, lo cual propicia su interconexión con otra de las bases de legitimación del art. 6 RGPD, que en su apartado b) recoge la licitud del tratamiento que sea “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”. No obstante, se hace preciso separar ambas bases de legitimación.

² *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*, Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29, de 9 de abril de 2014, p. 29.

Como ha alertado la doctrina, “una interpretación extensiva de la segunda causa habilitante de tratamiento de datos (la ejecución del contrato de la letra b) RGPD), puede conducir a que el empresario, ante cualquier interés que considere legítimo, reclame la libre obtención y tratamiento de los datos personales del trabajador sin consentimiento previo de este”³. Habrá de realizarse una interpretación restrictiva respecto a qué tratamientos se enmarcan dentro de la necesidad de mantener, desarrollar o controlar la actividad laboral, y convertir la vía del art. 6.1 b) RGPD en una situación de excepción⁴.

Así, la letra b) debiera invocarse para aquellos tratamientos que presenten una mayor conexión y necesidad para la ejecución o aplicación del contrato, y derivar a la letra f) los tratamientos en los que ese nexo directo con la ejecución del contrato se difumina o, manteniéndose el vínculo con la ejecución contractual, el tratamiento no se presente de una elevada necesidad para ello.

Es usual que cuando la jurisprudencia ha recurrido a la ejecución del contrato de trabajo como base de legitimación del tratamiento de datos personales se haya referido a la concurrencia de un interés legítimo de la empresa como elemento subyacente. No obstante, habrá que diferenciar el “interés legítimo” como base autónoma del apartado f) del art. 6.1 RGPD, de este interés legítimo que ya ha sido tipificado y se ha querido normativizar otorgándole a su licitud forma de presunción *iuris et de iure* en el apartado b) del artículo. De este modo, se canalizarán por la vía del apartado b) aquellos tratamientos que resulten necesarios “en el contexto de un contrato o de la intención de concluir un contrato” (Considerando 44 RGPD), y por la vía del “interés legítimo” aquellos tratamientos que no se presenten estrictamente como necesarios para la ejecución del contrato de trabajo, pero sobre los que la empresa sí presente un interés legítimo en su tratamiento. De esta interacción podría decirse que siempre que concurra la base de legitimación del contrato, concurrirá un interés legítimo de la empresa, pero, a la inversa, no siempre que concurra un interés legítimo podrá recurrirse a la base del contrato.

En esa línea, el Título IV de la LOPDPGDD recoge una serie de supuestos en los que se genera una presunción “*iuris tantum*” de la preponderancia del interés legítimo empresarial cuando cumpla con los requisitos legales, empero, ello “no excluye la licitud de este tipo de tratamientos cuando no se cumplen estrictamente las condiciones previstas en el texto, si bien en este caso el responsable deberá llevar a cabo la ponderación legalmente exigible, al no presumirse la prevalencia de su interés legítimo” (Exposición de Motivos LOPDPGDD). Sera este el caso de la videovigilancia ex art. 22 LOPDPGDD, los tratamientos relacionados con la realización de determinadas operaciones mercantiles, los sistemas de exclusión publicitaria, los sistemas de denuncias internas, o tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas.

De lo expuesto, cuando del control de la prestación laboral mediante videovigilancia se trata, se ha considerado que la base de legitimación de la empresa reside en la ejecución

³ GOÑI SEIN, J. L., *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 95.

⁴ SERRANO GARCÍA, J. M.^a, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y la jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 25.

y cumplimiento del contrato de trabajo, siendo que la empresa ostenta un interés legítimo que está además amparado en sus facultades empresariales de control (ex art. 20.3 ET)⁵. Desde la AEPD, cuando este control además se realiza con objeto de obtener pruebas sobre las que construir una defensa jurídica, como puede ser el caso de instalación de cámaras subrepticias, sin informar al trabajador, en supuestos en los que media una fundada sospecha de comisión de ilícitos laborales, se ha llegado a incardinar el interés legítimo de la empresa en su derecho a la tutela judicial efectiva a usar medios de prueba pertinentes (art. 24 CE)⁶, si bien, manteniendo como vía de legitimación la propia ejecución del contrato de trabajo. De igual modo, desde la doctrina se ha recalcado el interés legítimo "de naturaleza económico-contractual" de la empresa en la utilización de vigilancia privada de los trabajadores⁷.

En línea similar, en una fusión de ambas vías de licitud, se ha considerado como legítima la instalación oculta de videovigilancia cuando esta "estuvo siempre amparada en la justificación de legitimidad del art. 6,1 f) del Reglamento general UE sobre Protección de datos, al ser expresión de "interés legítimo" de recabar prueba para su utilización en proceso a efectos de ratificación de acto concreto de ejercicio del poder disciplinario (art. 58 ET)", un caso este en el que no se apreció que prevaleciese el interés o derechos fundamentales de la parte trabajadora.

El Considerando 47 del RGPD, así como el art. 6.1 f) RGPD, recogen explícitamente la prohibición de recurrir a esta base de legitimación en el tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones y, a la inversa, abre las puertas de esta vía al tratamiento necesario para la prevención del fraude, así como para dirigirlo a fines de mercadotecnia directa.

Igualmente, se considerarán insertos en esta vía aquellos tratamientos consistentes en transmitir datos personales de las personas empleadas dentro del grupo empresarial y que sean para fines administrativos internos (Considerando 48 RGPD).

Desde una perspectiva eminentemente técnica y de salvaguarda de la información, "constituye un interés legítimo del responsable del tratamiento interesado el tratamiento de datos personales en la medida estrictamente necesaria y proporcionada para garantizar la seguridad de la red y de la información, es decir la capacidad de una red o de un sistema información de resistir, en un nivel determinado de confianza, a acontecimientos accidentales o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos personales conservados o transmitidos, y

⁵ Por todas, SSTS de 30 de marzo de 2022 (rec. 1288/2020) y de 13 de octubre de 2021 (rec. 3715/2018); NAVARRO NIETO, F., "Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, p. 84.

⁶ AEPD, Exp. N.º E/06119/2017; para uno supuestos de vinculación de la legitimación de instalación de cámaras de videovigilancia, cumpliendo el deber de instalación del rótulo informativo (art. 22 LOPDGGD), con una instalación de cámaras visibles, a la base de licitud del "interés legítimo" ex art. 6.1 f) RGPD, véase Proc. N.º E/04293/2020; ello es también citado por la SJS de Pamplona, de 9 de diciembre de 2019 (proc. 43/2019).

⁷ GARRIDO PÉREZ, E., "La actuación de los detectives privados como instrumento del control empresarial", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pp. 235 y ss.

la seguridad de los servicios conexos ofrecidos por, o accesibles a través de, estos sistemas y redes, por parte de autoridades públicas, equipos de respuesta a emergencias informáticas (CERT), equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (CSIRT), proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y proveedores de tecnologías y servicios de seguridad. En lo anterior cabría incluir, por ejemplo, impedir el acceso no autorizado a las redes de comunicaciones electrónicas y la distribución malintencionada de códigos, y frenar ataques de «denegación de servicio» y daños a los sistemas informáticos y de comunicaciones electrónicas” (Considerando 49 RGPD).

Del mismo modo, se alude expresamente en el Reglamento (UE) al interés legítimo del responsable cuando el tratamiento responda a “la indicación de posibles actos delictivos o amenazas para la seguridad pública” y se derive de ello una transmisión a la autoridad competente de los datos respecto de los casos individuales o que estén relacionados con un mismo acto delictivo o muestren una amenaza para la seguridad pública (Considerando 50). En todo caso, esa transmisión quedará fuera del interés legítimo cuando la información quede protegida por secreto legal, profesional o vinculante por otro concepto.

2. LA “NECESIDAD” DEL TRATAMIENTO

Una vez queda constatado el “interés legítimo”, el segundo de los requisitos acumulativos que debe concurrir para que la vía de la letra f) resulte lícita se refiere a que el tratamiento se presente como “necesario” para la satisfacción de los legítimos intereses del responsable o del tercero⁸.

La necesidad del tratamiento suele presentarse como exigencia interrelacionada con el principio de proporcionalidad, si bien, se trata de una garantía autónoma con naturaleza propia. El test de necesidad es concebido en el tratamiento de datos personales como condición previa al propio test de proporcionalidad, de modo que si un tratamiento no se prueba como estrictamente necesario no procederá continuar hacia el análisis de la proporcionalidad del mismo⁹.

La necesidad del tratamiento viene condicionada por el objetivo del mismo, de modo que la base jurídica que aporte la licitud al tratamiento aparece aquí como un primer elemento definidor de cómo debemos enfocar el estudio de la necesidad. Si la ejecución del contrato de trabajo aparece como fundamento legitimador del tratamiento (art. 6.1 b) RGPD), de ello deviene que el tratamiento tendrá que aparecer como indispensable para el cumplimiento del contrato y deberá presentarse como prioritario en ello. Si la base de legitimación reside en el interés legítimo de la empresa (art. 6.1 f) RGPD), la necesidad se juzgará para con el interés legítimo en cuestión. De ese modo, cuando el tratamiento no se presente como indispensable para la ejecución del contrato de trabajo el responsable del tratamiento tendrá que amparar el tratamiento en otra base jurídica, como la del interés

⁸ STJUE de 11 de diciembre de 2019, Asunto C-708-18.

⁹ EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*. European Data Protection Supervisor, 19 de diciembre de 2019, p. 10; *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, European Data Protection Supervisor, 11 de abril de 2017, p. 4.

legítimo¹⁰, reconduciendo ahora el estudio de la necesidad del tratamiento en la capacidad de este para lograr la consecución de ese interés.

Desafortunadamente, cuando la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a la necesidad del tratamiento relacionado con la ejecución del contrato laboral se ha tendido a interpretar extensivamente el principio de necesidad para reconducirlo hacia la “conveniencia” empresarial¹¹, lo cual ha generado que hayan tenido entrada por la vía del art. 6.1 b) RGPD tratamientos que debieran haber sido reconducidos por el art. 6.1 f) RGPD, por no obedecer estos estrictamente a la ejecución del contrato de trabajo sino a una necesidad para con intereses empresariales que exceden de la operatividad del contrato en cuestión. Ejemplo de lo anterior, podríamos pensar en la instalación de sistemas de reconocimiento facial para el acceso a instalaciones de la empresa, el uso de la huella dactilar como método para hacer el registro de la jornada diaria, o la misma video vigilancia de la prestación laboral, cuando el consecuente tratamiento de datos no aparece como indispensable para la ejecución del contrato de trabajo pero sí como necesario para satisfacer un interés legítimo de la empresa.

Este debilitamiento del principio de necesidad que ha acabado reconduciendo determinados tratamientos fuera de la letra f) del art. 6.1 RGPD puede ser la causa de que nuestros tribunales hayan relajado para estos tratamientos la indispensable “prueba de sopesamiento” que la base jurídica del “interés legítimo” obliga haciendo hincapié en la necesidad de aplicar las garantías propias del marco normativo de protección de datos personales que se tratará en el próximo epígrafe. Los tribunales han reconducido la legitimidad en el tratamiento de datos personales en la empresa hacia una suerte de juicio de proporcionalidad propio de la limitación de los derechos fundamentales y el marco tuitivo de protección de datos parece quedar minimizado y relegado al control de la legalidad ordinaria¹². Sin embargo, máxime en el caso de la base jurídica aquí estudiada, la licitud del tratamiento queda condicionada al despliegue pormenorizado de las garantías derivadas de la protección de datos personales.

En lo que al test de necesidad se refiere, el *European Data Protection Supervisor* ha establecido cuatro fases que deben seguirse para la evaluación de necesidad. Inicialmente, se tendrá que realizar una descripción fáctica de la medida, posteriormente, habrán de identificarse los derechos fundamentales y libertades de posible limitación por ella, así como otros derechos potencialmente lesionados. A continuación, se definirán los objetivos de la medida, la efectividad de la misma para con estos objetivos y el carácter de intrusión mínima del tratamiento, por no existir otras medidas menos lesivas para con los derechos afectados¹³.

¹⁰ AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, mayo de 2021, p. 16.

¹¹ TODOLÍ SIGNES, A., “Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 242.

¹² *Ibidem...*, pp. 236 y ss.

¹³ EDPS, *The EDPS quick-guide to necessity and proportionality*, enero de 2020.

Es decir, se tendrá que atender a si el mismo objetivo no puede “alcanzarse razonablemente de manera tan eficaz por otros medios menos atentatorios respecto de los derechos y libertades fundamentales de los interesados”¹⁴. En ese sentido, la necesidad queda directamente conectada con el principio de “minimización de los datos” y la aplicación de medidas técnicas y organizativas que aparezcan como garantías de su salvaguarda, y que vengan a garantizar que los datos personales serán “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados” (art. 5.1 c) RGPD).

Este análisis de necesidad abarcará igualmente a la forma en la que se guardan los datos, o “pruebas”, por ejemplo, para el caso de video vigilancia, no siendo lo mismo si los datos obtenidos se guardan en una “caja negra” y se eliminan automáticamente después de un período en el que no se han detectado incidencias, o si la vigilancia se realiza en tiempo real. Este tipo de decisiones deberá atender igualmente a la necesidad de las mismas para con el fin perseguido¹⁵.

3. LA “PRUEBA DE SOPESAMIENTO” COMO MEDIDA DE EQUILIBRIO

Verificado el “interés legítimo”, así como la necesidad del tratamiento, procede entonces avanzar hacia el tercer condicionante de licitud que prevé el articulado y comprobar que dicho tratamiento no anule los intereses o los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Recoge el Considerando 47 del RGPD que, “en cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin.

La prueba de sopesamiento podrá así, cuando medie un interés legítimo importante y apremiante, y siempre que se garanticen unas determinadas garantías y medidas, “justificar incluso una intrusión significativa en la privacidad o cualquier otra repercusión importante en los intereses o derechos de los interesados”¹⁶. De este modo, el tercero de los requisitos se refiere al condicionante de que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales¹⁷.

Sin embargo, prosigue el Considerando 47, “en particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior”. De ello, el Reglamento (UE) remarca el especial grado de importancia que en este sopesamiento habrá de conferirse a la expectativa de tratamiento de sus datos que presente la parte sometida a tratamiento. Es decir, la expectativa de privacidad y control que sobre

¹⁴ STJUE de 11 de diciembre de 2019, Asunto C-708-18.

¹⁵ EDPB, *Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo*, European Data Protection Board, enero de 2020, p. 12.

¹⁶ *Dictamen 06/2014...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷ STJUE de 11 de diciembre de 2019, Asunto C-708-18 y STJUE de 17 de junio de 2021, Asunto C-597/19.

esos datos ostente la parte trabajadora se erige como elemento de peso en la operatividad de esta base de legitimación¹⁸.

Junto a ello, como recoge el *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del Grupo de Trabajo del Artículo 29*, la empresa podrá amparar su tratamiento de datos sobre el “interés legítimo”, “pero solo si el tratamiento es estrictamente necesario para un fin legítimo y cumple los principios de proporcionalidad y subsidiariedad”, el tratamiento se dirige al ámbito del riesgo específico detectado, y se acompaña de medidas específicas de mitigación que vengan a garantizar los intereses o derechos fundamentales de la parta trabajadora afecta por el tratamiento. “Si el tratamiento no tiene límites y no es transparente, existe un alto riesgo de que el interés legítimo de los empresarios en la mejora de la eficiencia y protección de los activos de la empresa se convierta en un control injustificado e intrusivo”.

“No cabe confundir la finalidad, en sí mismo legítima (...) con la licitud de los medios para ello empleados”¹⁹, y es que la concurrencia del “interés legítimo” no exime a la empresa del deber de cumplir con los principios del art. 5 RGPD, y especialmente, con el relativo a la minimización de datos²⁰. Recuérdesse que, como insiste la AEPD, “todo tratamiento de datos debe ser respetuoso de los principios propios de la normativa de protección de datos, debiendo, en particular, hacerse referencia aquí al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 4.1 de la Ley orgánica 15/1999 según el cual “*Los datos de carácter personal solo 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 determinados, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido*”²¹. En este sentido, el GT 29 se reafirma en la necesidad de realizar un enfoque pragmático sobre cada supuesto práctico, basándose en la razonabilidad de la medida y las propias expectativas de razonabilidad de la persona afectada por el tratamiento, así como en las consecuencias de la actividad de los datos para los interesados, es decir, en las repercusiones²².

El GT 29 ha apuntado a una serie de factores clave que habrán de tenerse en consideración a la hora de medir el juego de equilibrio entre los intereses y derechos contrapuestos, situando en un lado de la balanza a la empresa y/o cliente, como responsables del tratamiento de datos, y la persona trabajadora por otro, como persona que ve posiblemente limitados sus intereses o derechos fundamentales. De ello, el primer ejercicio se dirige a medir o evaluar el propio “interés legítimo” del responsable, para posteriormente proseguir en el impacto que sobre las personas interesadas puede derivarse del mismo. Si de esta

¹⁸ STJUE de 11 de diciembre de 2019, Asunto C-708-18.

¹⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El Derecho a la Protección de Datos Personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 91.

²⁰ SEMPERE SAMANIEGO, F. J., “La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y Disposición adicional duodécima LOPDGDD)”, en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.): *Comentarios al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 933.

²¹ Informe Jurídico 414/2015.

²² *Dictamen 06/2014...*, p.39.

búsqueda inicial de equilibrio no se arroja un resultado conclusivo respecto al juego del equilibrio, el estudio se verá obligado a avanzar a una evaluación adicional dirigida a plantear la introducción de medidas o garantías complementarias que vengan a reducir el impacto indebido del tratamiento sobre los interesados, generando así una ayuda a “inclinarse la balanza” y posibilitar el acceso al tratamiento por la vía del art. 6.1 f) RGPD.

3.1. La base del “interés legítimo” del responsable del tratamiento

En primer lugar, la persona responsable del tratamiento tendrá que mostrar que detrás de su interés o finalidad concurre una base jurídica sólida, ya que el peso del derecho que le asista se presentará como un elemento fundamental a la hora de evaluar el juego de equilibrios. En ese sentido, el GT 29 apunta a la posibilidad de que subyazca desde el ejercicio de un derecho fundamental, un interés público o de la comunidad en general, a otros intereses legítimos específicos como son la ejecución de un contrato o el cumplimiento de una obligación jurídica.

Dentro de las relaciones laborales la empresa ostenta un interés legítimo en el tratamiento de aquellos datos que respondan puramente a la ejecución del contrato de trabajo y, en ese sentido, este tratamiento encontrará plena cabida en la vía del apartado b) del art. 6 RGPD. Pero, más allá de ello, aparecerán situaciones en las que el tratamiento se presenta como necesario para el ejercicio de un derecho constitucional, como el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE)²³ o a la libertad de empresa (art. 38 CE)²⁴, o derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)²⁵ y su tratamiento no se derive necesariamente de la ejecución del contrato, sino que se plantee únicamente como pertinente para la ejecución. La dificultad de esta delimitación entre las bases insiste el GT 29, obliga en mayor medida a guardar especial celo en la aplicación del proceso de sopesamiento.

Indefectiblemente, a mayor peso del derecho a ejercitar, y el carácter apremiante o necesario del mismo, mayor inclinación alcanzará la balanza en favor del responsable del tratamiento de datos; a la inversa, cuanto más trivial resulte el interés que subyace, y de menor premura su ejecución, más difícil será que pueda reconocerse una prevalencia del “interés legítimo” por la vía del apartado f).

Ejemplo de ello, cuando una empresa quiera hacer valer su poder de control (art. 20.3 ET) y vigilar mediante videovigilancia secreta o inmiscuirse en dispositivos puestos a disposición del trabajador, un factor relevante para ello será la calidad de los indicios de ilicitudes laborales que la empresa haya recogido, ya que solo con sospechas fundadas y constatables se podrá sustentar una posterior relajación en el despliegue de garantías adicionales. En estos supuestos, el “interés legítimo” de la empresa podrá llegar incluso a sustentarse en la tutela judicial efectiva de la parte empleadora para poder disponer de una prueba adecuada en el proceso judicial²⁶. Como ha reconocido el TJUE, “el interés del res-

²³ Art. 17 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y art. 1 del protocolo n.º 1 CEDH.

²⁴ Art. 16 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

²⁵ Art. 47 de la Carta y art. 6 CEDH.

²⁶ AEPD: Exp. N.º E/06119/2017.

ponsable del tratamiento o de un tercero en obtener un dato personal relativo a una persona que supuestamente ha causado un daño a un bien de su propiedad para demandarla por daños y perjuicios constituye un interés legítimo”²⁷.

No así, la ausencia de sospechas fundadas diluirá el derecho a la tutela judicial efectiva y, de ello, obligará a que la empresa deba guardar un especial celo en el despliegue de garantías adicionales que salvaguarden los intereses o derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad, a la imagen y a la protección de datos personales (arts. 18 CE). De este modo, los hechos concretos aparecen como determinantes para mostrar la supuesta “necesidad” y “proporcionalidad” del tratamiento de datos.

Aparecen con un grado mucho menor de potencial prevalencia otros intereses como el interés público o de la comunidad en general, de los que podría derivarse la difusión o tratamiento de datos personales de los trabajadores. Solo en aquellos casos en los que la limitación de los intereses o derechos fundamentales de los trabajadores se presentase como trivial o superflua, podría prevalecer entonces este tipo de interés sobre la parte empresarial.

3.2. Repercusión sobre la parte trabajadora

El equilibrio de la balanza no podría obtenerse adecuadamente si no se reparara en el impacto que sobre la parte trabajadora y sus intereses o derechos fundamentales pueden generarse como consecuencia del tratamiento de datos personales. Para ello, resulta trascendental situar el objetivo en la evaluación del impacto concreto del tratamiento en cuestión, la naturaleza de los datos y el modo en el que estos se tratan, la expectativa razonable de tratamiento que guarda la persona trabajadora, e incluso la posición o naturaleza del responsable del tratamiento de datos. Esta evaluación, además, “como cuestión de buena práctica, cuando así proceda, la realización de este examen deberá documentarse de manera suficientemente detallada y transparente, para que la aplicación correcta y completa del examen pueda ser verificada, cuando se necesario, por las partes interesadas pertinentes”, incluyéndose a las autoridades de protección de datos e incluso los tribunales²⁸.

Por evaluación del impacto del tratamiento se alude a las posibles consecuencias negativas como positivas que el tratamiento pueda reportar sobre la parte trabajadora²⁹. El concepto de impacto, remarca el GT 29, se extiende más allá del daño o perjuicio que puedan sufrir los interesados, llegando a incluir cualquier consecuencia (posible o real) que se derive del tratamiento de datos, de modo que se supera la vulneración propiamente derivada de la transgresión en materia de protección de datos personales y el concepto llega a comprender incluso el “efecto amedrentador sobre el comportamiento protegido (...) que pueda resultar de una supervisión o un seguimiento continuo”³⁰.

²⁷ STJUE de 17 de junio de 2021, Asunto C-597/19; SJS de Pamplona, de 9 de diciembre de 2019 (proc. 43/2019).

²⁸ *Dictamen 06/2014...*, p. 51.

²⁹ El término evaluación de impacto es utilizado por el GT 29 diferenciándolo del “análisis de riesgo” o evaluación de impacto relativa a la protección de datos” propia de los arts. 33 y 34 del RGPD.

³⁰ *Dictamen 06/2014...*, p. 44.

Para poder medir el peso del efecto adverso o impacto potencial del tratamiento se habrá de valorar, en primer lugar, la probabilidad de que pueda materializarse en un riesgo concreto. Ejemplo de ello, el depositar datos en dispositivos personales del trabajador, o conectar los datos a hardware o softwares conectados a Internet, se presentan como prácticas con una mayor vulnerabilidad ante posibles extracciones de la información a través de hackeos. En segundo lugar, se valora la gravedad de las consecuencias de un riesgo que se haya materializado, apareciendo como extremo de gravedad el caso de que el tratamiento haya acabado generando daños contra la salud e integridad de la persona interesada. Igualmente, el efecto de “gravedad” de las consecuencias podrá venir influenciado tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa, de modo que, si el riesgo afecta a un número amplio de trabajadores, se considerará incrementada la gravedad.

Junto a la evaluación de impacto reviste especial importancia la naturaleza de los datos sometidos a tratamiento, con especial cautela sobre aquellos considerados insertos dentro de las categorías especiales de datos (art. 9 RPD). El hecho de contar con datos especialmente protegidos obliga a que deban extremarse las garantías adicionales en defensa de los intereses o derechos fundamentales de los interesados y que, por defecto, este tipo de datos no puedan ser sometidos a tratamiento. No obstante, el art. 9.2 b) RGPD considera lícito el tratamiento cuando “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 con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”.

Ahora bien, el título de “interés legítimo” no se presenta como base apta para poder amparar un tratamiento de datos especialmente sensibles, en tanto se trata esta de una vía de licitud para aquellos tratamientos que carecen de un marco legal específico que los autoricen, de ahí el necesario sopesamiento *ad casum* para cada supuesto. Cierto es que el art. 9.2 b) RGPD reconoce la posibilidad del tratamiento para el ejercicio de derechos específicos del responsable, pero condiciona el llamado legal a que exista una autorización expresa de ese tratamiento en el marco normativo.

Igualmente, relevante se presenta el modo en el que son tratados los datos, en tanto reviste interés el grado de expansión en la difusión de los mismos, si estos se han hecho públicos ante un número elevado o reducido de personas, así como si el tratamiento se ha realizado mediante un mecanismo de interrelación de estos datos con otros adicionales. En relación a esto último, el GT 29 advierte de la potencialidad lesiva que puede generarse cuando datos aparentemente inocuos son tratados en coordinación e interconexión con otros nuevos datos, pudiéndose entonces presentar nuevos peligros, como sucede en los tratamientos de datos a gran escala o con la elaboración de perfiles. En este sentido, se ha sostenido que “cuanto más negativo e incierto pueda ser el impacto del tratamiento, más improbable es que el tratamiento se considere, en conjunto, legítimo”, por ello, la posibilidad de la empresa de emprender medios alternativos que den lugar a los mismos objetivos perseguidos se erige para estos casos como elemento determinante.

En lo relativo a la elaboración de perfiles y el necesario despliegue de garantías complementarias para estos casos, conviene recordar que el art. 22 RGPD referido a las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, establece una previsión general por la que “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. No obstante, esta cláusula no resultará de aplicación cuando el tratamiento aparezca como necesario y sea el medio más apropiado para lograr un objetivo propio a la ejecución de un contrato; o está autorizado “por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado” (art. 22.2 b) RGPD), lo que podría sustentar un tratamiento completamente automatizado, incluida la elaboración de perfiles, cuando el interés legítimo de la empresa encuentre un amparo normativo para ello, pero no así, ante una ausencia de habilitación normativa expresa.

En cualquier caso, si el tratamiento automatizado se asentase en el “interés legítimo” de la empresa ello no sería óbice para la necesidad de someterlo a la “prueba de sopesamiento”, que deberá reparar específicamente en el nivel de detalle del perfil, la el alcance o extensión de la información del perfil, los efectos del perfilado sobre los interesados, y las salvaguardias destinadas a garantizar la equidad, la no discriminación y la exactitud en el proceso de elaboración de perfiles³¹.

Este tratamiento automatizado no podrá basarse en ningún caso en categorías especiales de datos personales que hayan sido justificados por la vía del art. 9.2 b) RGPD, es decir, cuando el tratamiento de los datos sensibles venía sostenido como medida “necesaria 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”, por quedar limitado este supuesto específico exclusivamente a las bases de legitimación de los apartados a) (consentimiento explícito cuando pueda ser levantado) y g) (interés público general) del art. 9 RGPD. De este modo, el responsable del tratamiento no podrá basarse en el “interés legítimo” para amparar un tratamiento automatizado o creación de perfiles basados en categorías especiales de datos.

3.3. La expectativa razonable del interesado

EL GT29 ha entendido como sumamente relevante para el sopesamiento la expectativa razonable que la persona interesada ostenta en relación con los posibles tratamientos de sus datos personales. En materia de expectativa el juego relacional entre responsable de tratamiento e interesado es una cuestión importante, ya que las obligaciones jurídicas derivadas de la relación circunscriben el marco de interés del responsable para con el tratamiento en cuestión. Dentro de la relación laboral, propio de la relación sinalagmática que representa el contrato de trabajo, la parte trabajadora puede entender incluso en su relación y, por lo tanto, esperables, los tratamientos que se presentan como necesarios para poder hacer ejecutable los derechos y deberes inherentes a la relación contractual.

³¹ *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29, febrero de 2018, p. 14.

No obstante, a medida que la necesidad para la ejecución del contrato se va difuminando y el interés de la empresa se acerca a terrenos en los que el tratamiento se presenta como pertinente o beneficioso, pero pierde peso su inmanencia para con la operatividad del contrato de trabajo, resulta normal que la parte trabajadora vea incrementada una expectativa razonable de confidencialidad o de limitaciones respecto al uso posterior que se pueda hacer de sus datos. Como afirma el Grupo de Trabajo del art. 29, “en general, cuanto más específico y restrictivo sea el contexto de la recopilación de los datos, más limitaciones es probable que se utilicen. En este caso, de nuevo, es necesario tener en cuenta el contexto fáctico y no basarse en la letra pequeña del texto”³².

De igual modo, la posición concreta que ocupan el responsable y el interesado es considerado por el GT como otro elemento pertinente a la hora de evaluar el posible impacto y, como es propio de las relaciones laborales, jugará aquí un papel importante el inherente desequilibrio de poder que caracteriza a las partes de la relación laboral. La especial posición de vulnerabilidad que los empleados tienen ante posibles usos de sus datos personales en un entorno en el que no ostentan su titularidad y no controlan su organización y dirección, es un factor que se considerará también relevante³³.

Qué decir, el modo en el que se haya cumplido con el deber de información y transparencia resulta esencial para la valoración de la legitimidad del interés de la empresa en estos casos en los que el tratamiento busca amparo en letra f del art. 6.1 RGPD y, por ende, al ser tratamientos que exceden de la ejecución del contrato de trabajo, se entiende que la parte trabajadora ostenta sobre sus datos un mayor nivel de expectativa razonable de confidencialidad.

Reflejo de ello, como clausula adicional, el art. 13.1 d) RGPD se refiere expresamente a la necesidad de que cuando la base de licitud sea la letra f), la empresa informe al interesado no solo del recurso a esta base de legitimación, sino también de cuál es el “interés legítimo” de la empresa o del tercero para con el tratamiento. La información, remarca la doctrina, se presenta como esencial en tanto de ella deriva en gran medida la aplicación del sistema de garantías³⁴.

3.4. El equilibrio de la balanza y las garantías adicionales

Lograr un equilibrio provisional de la balanza depende en gran medida de las medidas que, en términos de proporcionalidad y transparencia, hayan sido adoptadas por el responsable del tratamiento en cumplimiento de sus obligaciones en materia de protección de datos³⁵. Sin embargo, el GT 29 advierte de que el cumplimiento de los requisitos horizontales de la normativa europea en materia de protección de datos no significa “por sí mismo” que “sea siempre suficiente para garantizar una base jurídica basada” en el apartado f) re-

³² *Dictamen 06/2014...*, p. 47.

³³ *Dictamen 06/2014...*, p. 48.

³⁴ MUÑOZ RUIZ, A. B., “Videovigilancia y protección de datos de carácter personal a los empleados: una revisión de la doctrina administrativa de la Agencia Española de Protección de Datos”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 107.

³⁵ *Dictamen 06/2014...*, p. 49.

lativo al “interés legítimo” del responsable, ya que ello “sería superfluo o daría lugar a una laguna que privaría de sentido el artículo 7 (actual artículo 6 RGPD) en su conjunto, ya que insta a tener una base jurídica específica adecuada para el tratamiento”.

Con ello, se quiere enfatizar en el especial celo que debe guardarse en la aplicación de medidas adicionales de garantía, proponiéndose incluso el despliegue de un marco tuitivo del interesado que exceda de la normativa específica en materia de protección de datos personales. Se trata de realizar un sopesamiento e instauración de cautelas que supera el juicio de proporcionalidad que la jurisprudencia viene aplicando en los tratamientos que tienen cabida por la vía de licitud del art. 6.1 b) RGPD.

Solo de este modo podría lograrse un equilibrio provisional de la balanza en la evaluación. Ello viene de la mano del principio de “responsabilidad proactiva” del responsable del tratamiento (art. 5.2 RGPD), para con el cumplimiento de los principios del art. 5 RGPD y la previsión del art. 24 RGPD respecto a que “teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario”.

De otro modo, una relajación en el sopesamiento o interpretación laxa del juego de contraposición de los intereses o derechos contrapuestos generaría una atracción global hacia esta base de licitud en el encauzamiento de otros tratamientos, desvirtuando entonces el marco general de legitimación del tratamiento del art. 6 RGPD, convirtiendo en superfluas las bases de legitimación del consentimiento (art. 6.1 a) RGPD) y la ejecución del contrato (art. 6.1 b) RGPD).

En este sentido, se tendrá que realizar una evaluación en su conjunto, y “cuanto más significativo sea el impacto sobre el interesado, más atención deberá prestarse a las garantías pertinentes”³⁶. Por su parte, el Dictamen 06/2014 se refiere ejemplificativamente a algunas de ellas, como pueden ser:

- a) “medidas técnicas y organizativas para garantizar que los datos no puedan utilizarse con el fin de adoptar medidas o emprender otras acciones en relación con las personas («separación funcional» como es, con frecuencia, el caso en el contexto científico);
- b) uso extensivo de técnicas de anonimización;
- c) agregación de datos;
- d) tecnologías de protección de la intimidad, protección de la privacidad desde el diseño, evaluaciones del impacto relativo a la protección de datos y a la intimidad;
- e) aumento de la transparencia;
- f) derecho general e incondicional de exclusión voluntaria;
- g) portabilidad de los datos y medidas relacionadas para capacitar a los interesados”³⁷.

³⁶ *Dictamen 06/2014...*, p. 49.

³⁷ *Dictamen 06/2014...*, p. 50 y 51.

En relación con medidas limitativas que deben introducirse cuando lo que se busque sea garantizar la privacidad del trabajador, el Dictamen 2/2017 del GT 29 se ha referido al posible despliegue de “medidas geográficas”, aludiendo a la necesidad de restringir locativamente el objeto de supervisión, la “orientación de los datos”, por el que se excluirían archivos electrónicos personales o comunicaciones, y la “temporalidad” de la medida, con referencia a la prevalencia del muestreo sobre el control continuo.

4. EL DERECHO DE OPOSICIÓN

Una de las características propias del apartado f) como base de licitud es precisamente el derecho de oposición que se activa para el interesado, de modo que el trabajador pueda oponerse al tratamiento en cualquier momento (art. 21 RGPD). Es decir, una vez se haya constatado la concurrencia de un “interés legítimo” y se hayan sopesado los intereses y derechos contrapuestos, la base de legitimación operará solo en los supuestos en los que la parte interesada no se haya opuesto a ello. El GT 29 remarca la diferenciación de esta oposición con el consentimiento como base de licitud del art. 6.1 a) RGPD, considerando a esta oposición una “forma específica de exclusión voluntaria”³⁸.

Respecto a si la parte trabajadora debe acreditar un especial interés para la oposición al tratamiento, el RGPD se refiere a la necesidad de que la oposición responda a “motivos relacionados con su situación particular”. De este modo, se entiende que debe concurrir igualmente un interés legítimo en la persona trabajadora, sin mayor requerimiento al respecto. Únicamente para los tratamientos con finalidad de mercadotecnia considerará el RGPD concurrente el derecho de oposición sin necesidad de justificación.

La oposición generará la paralización del tratamiento y la necesidad de que la empresa deba reevaluar la confrontación de intereses y la aplicación de medidas de garantía adicionales, sobre la base de los motivos aducidos por la parte trabajadora. En este sentido, el GT 29 ha considerado el hecho de que se hayan previsto, en este caso desde la empresa, mecanismos de exclusión voluntaria para que puedan ser ejercidos fácilmente por los interesados, como una medida favorable a inclinar la balanza hacia el interés del responsable del tratamiento.

No obstante, este derecho de oposición encuentra su salvedad cuando el responsable del tratamiento “acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones” (art. 21 RGPD). Esta previsión parece entroncar con la base del propio interés legítimo y el especial peso que ejercerá sobre la balanza cuando el tratamiento se presente como sumamente necesario y apremiante o se dirija a “la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”, si bien, ello no eximirá de la debida prueba de sopesamiento para con los intereses, los derechos y las libertades del interesado.

³⁸ *Dictamen 06/2014...*, p. 52.

5. SITUACIONES EN LAS QUE EL “INTERÉS LEGÍTIMO” OPERA COMO BASE DE LICITUD, ESPECIAL REFERENCIA AL DICTAMEN 2/2017 DEL GT 29

El Dictamen 2/2017 de Grupo de Trabajo del Artículo 29 introduciría una referencia expresa a aquellas situaciones de las relaciones laborales sobre las que podría concurrir un “interés legítimo” de la empresa. Varias de ellas habrán sido normativizadas como derechos digitales de la LOPDPyGDD. Será clave en ellas una reevaluación de los intereses legítimo de la empresa y las expectativas razonables de privacidad de la parte trabajadora.

5.1. Tratamientos de datos en los procesos de selección y del examen al empleo

En relación con el tratamiento de datos de candidatos a un puesto de trabajo, la empresa no debe asumir que el hecho de que aparezcan perfiles públicos en redes sociales le genere directamente un interés legítimo para el tratamiento de los datos contenidos en ellos. Para que resulte lícita la vía del art. 6.1 f) RGPD, la recogida y tratamiento de los datos de los solicitantes de empleo habrá de ceñirse a lo estrictamente profesional y será lícita únicamente en la medida en que la recopilación de estos datos sea necesaria y pertinente para el desempeño del trabajo solicitado.

El solicitante tendrá que ser informado del tratamiento al que se someterá, y la información obtenida se tendrá que eliminar cuando la persona aspirante pierda tal condición. En ningún caso, sostiene el GT 29, puede la empresa entender que le ampara un “interés legítimo” para solicitar “amistad” a sus futuros empleados.

En sintonía, queda fuera del “interés legítimo” de la empresa el examen generalizado a los perfiles de las redes sociales de sus empleados. De igual modo, no se podrá exigir a las personas trabajadoras que utilicen un determinado perfil de redes sociales y prohibir que mantengan un perfil “no profesional”.

Ejemplo de lo anterior, el GT29 señala a la posibilidad de que, dentro de su interés legítimo, una empresa realice un seguimiento en LinkedIn de antiguos trabajadores, siempre que ello tenga como objetivo cerciorarse del cumplimiento de cláusulas de no competencia que estuviesen vigentes. En ello, tendrá que demostrarse que no existen otros medios menos invasivos y que los extrabajadores han sido adecuadamente informados del alcance del control periódico de sus comunicaciones públicas.

La AEPD ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la prohibición de solicitar en un proceso de contratación de trabajadores autónomos, repartidores de Amazon en este caso, la presentación de un informe en negativo de los antecedentes penales de los candidatos. La práctica vendrá proscrita y sancionada en tanto no existe para el caso de los repartidores de mercancías una habilitación legal para el tratamiento de un dato especialmente sensible, como el de los antecedentes penales, de modo que ni el consentimiento, ni el contrato, ni el interés legítimo son base suficiente para ello³⁹.

³⁹ La AEPD impone en consecuencia una sanción de 2 millones de euros a Amazon. Véase el Procedimiento de la AEPD proc. N.º E/05033/2017.

5.2. Tratamientos derivados de la vigilancia y uso de las TIC en el lugar de trabajo

En supuestos en los que la empresa se disponga a utilizar dispositivos de inspección para descifrar e inspeccionar el tráfico seguro, con el fin de detectar cualquier elemento malicioso, “la necesidad de proteger la red y los datos personales de los trabajadores y clientes que allí se guardan contra el acceso no autorizado o la fuga de datos” puede aparecer como interés legítimo de la empresa.

No obstante, el control de todas las actividades en línea resultaría desproporcionado, por lo que la empresa debe buscar técnicas menos invasivas que preserven la confidencialidad. De este modo, apunta el GT 29, el dispositivo debe configurarse de forma que se evite el registro permanente de la actividad del trabajador, por ejemplo, bloqueando el tráfico entrante o saliente sospechoso y redireccionando al usuario a un portal de información en el que pueda solicitar la revisión de dicha decisión automatizada. No obstante, si se considerara estrictamente necesario realizar algún registro general, el dispositivo también puede configurarse para no almacenar datos de registro a menos que el dispositivo señale la ocurrencia de un incidente, con una reducción al mínimo de la información recopilada.

En esto, la información sobre el tipo de comunicaciones que resultan controlables se presenta como fundamental y conviene que la empresa establezca una política sobre los fines respecto de cuándo y quién puede acceder a datos de registro sospechosos, que sea de acceso fácil y permanente para todos los trabajadores, a fin de orientarlos también sobre el uso aceptable e inaceptable de la red y las instalaciones.

Por todo ello, conviene que la empresa realice, como fase previa a la introducción del control tecnológico, una evaluación de impacto de la medida y comunique las medidas de uso y control que sobre los dispositivos pueden darse en la empresa. Esta información deberá igualmente ser proporcionada a la representación legal de los trabajadores (art. 64 ET).

Con todo ello, se busca evitar que los empleados resulten monitorizados cuando legítimamente utilizan las instalaciones o los dispositivos de trabajo, y se busca asegurar espacios privados que resulten excluidos, salvo circunstancias excepcionales, del acceso del empleador⁴⁰.

5.3. “Interés legítimo” en el trabajo a distancia

En relación con la promulgación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, al AEPD ha tenido ocasión de pronunciarse en el Informe Jurídico N/REF: 0073/2020, destacando que el trabajo a distancia requiere la adopción de las medidas necesarias para garantizar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Dentro de ello, AEPD se ha valido igualmente de las referencias incluidas en el Dictamen 2/2017.

⁴⁰ GOÑI SEIN, J. L., *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 101.

Se afirma, el desarrollo de la prestación laboral en modalidad remota puede generar un tipo de riesgo adicional en la parte empresarial, como puede ser el riesgo de acceso no autorizado a su información o la destrucción o pérdida de información, de datos personales de trabajadores o clientes. En ese sentido, “con el fin de mitigar este tipo de riesgo, los empresarios pueden pensar que existe una justificación para utilizar paquetes de programas informáticos (ya sea en las instalaciones o en la nube) que tengan la capacidad de, por ejemplo, registrar pulsaciones en el teclado y movimientos del ratón, capturas de pantalla (ya sea al azar o a intervalos determinados), registrar las aplicaciones utilizadas (y durante cuánto tiempo se utilizaron) y, en dispositivos compatibles, habilitar las cámaras web y recopilar secuencias de las mismas”. Empero, como apuntan el GT 29 y la AEPD, este tipo de medidas se presentan en general como desproporcionadas y difícilmente pueden tener cabida en el “interés legítimo” de la empresa. Solo en los casos en que, como resultado de la prueba de sopesamiento, no prevalezcan los intereses y los derechos fundamentales de los trabajadores a distancia, podrá llevarse a cabo el tratamiento sobre la base jurídica del artículo 6.1.f) del RGPD.

5.4. Tratamientos relacionados con el empleo del tiempo y la presencia

Se considera que entra dentro del “interés legítimo” de la empresa la instalación de tecnologías de control de acceso a zonas en los que la empresa almacena en formato digital datos sensibles de la empresa, datos personales de los trabajadores y datos personales de los clientes. De este modo, la empresa puede verificar, ante situaciones de sustracciones indebidas, quién ha tenido acceso a la zona de almacenaje. Se considera en tal caso que el tratamiento es necesario y no prevalece aquí el derecho a la vida privada de los trabajadores, siempre que los trabajadores hayan sido adecuadamente informados de la operación de tratamiento.

No encajará en el “interés legítimo” de la empresa la observación continua de la frecuencia y los tiempos exactos de entrada y salida de los trabajadores, ni el uso de esta información para finalidades distintas para las que fue concebida la instalación.

5.5. Tratamientos de datos de vehículos utilizados por los trabajadores

Considera el GT 29 que un “empresario puede estar obligado a instalar una tecnología de seguimiento en los vehículos para demostrar el cumplimiento de otras obligaciones legales, por ejemplo, garantizar la seguridad de los trabajadores que los conducen. También puede tener un interés legítimo en poder localizar los vehículos en cualquier momento. Incluso si los empresarios tuvieran un interés legítimo para lograr estos fines, en primer lugar, se debería evaluar si el tratamiento es necesario para dichos fines y si la aplicación efectiva cumple los principios de proporcionalidad y subsidiariedad”. En este sentido, resulta relevante la posibilidad de los trabajadores de excluirse voluntariamente del tratamiento, así como el que hayan recibido una información adecuada del tratamiento, que preferiblemente debería aparecer visible en el vehículo.

Parece quedar fuera del interés legítimo de la empresa el control de la localización una vez ha finalizado la jornada laboral, así como el control continuo de los trabajadores con cámaras de grabación que se incorporan como registradoras de incidencias.

5.6. Tratamiento de datos de contacto o de productividad de los trabajadores

Como ejemplo de situación de “interés legítimo” como base de justificación, la AEPD ha presumido como tal “el tratamiento de los datos de contacto y en su caso los relativos a la función o puesto desempeñado de las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica”. En ello, desde la perspectiva del debido sopesamiento, ha especificado que la legitimación se condicionará a que el tratamiento sea dentro de una relación de carácter profesional entre empresas, que el tratamiento se refiera únicamente a los datos necesarios para su localización profesional, como pueden ser nombres y apellidos o funciones a puestos desempeñados, con exclusión del DNI; y que la finalidad del tratamiento sea únicamente mantener relaciones de cualquier índole con la persona jurídica en la que el afectado preste sus servicios, produciéndose un tratamiento directo entre quienes traten el dato y la entidad⁴¹.

Cuando el tratamiento se exceda del marco de licitud, qué datos se aportan ilícitamente influirá en la determinación de la naturaleza y la gravedad de la infracción⁴².

Muestra de la relevancia del sopesamiento en cada caso, la AEPD ha llegado a considerar que entra dentro del “interés legítimo” de la empresa el tratamiento del Documento Nacional de Identidad de la persona trabajadora, empleado de Prosegur Servicios de Efectivo de España SL en este caso, con la finalidad de lograr una efectiva identificación de su persona en el acceso a dependencias o lugares de servicio donde prestan servicios y realizan tareas de recogida y entrega de efectivo, de modo que se le hace portar una tarjeta identificadora donde se especifica el DNI del trabajador⁴³. Para este supuesto, en el que la parte empleada se debía identificar de este modo en el acceso al Banco de España, la AEPD consideró que “mostrar la tarjeta profesional y la tarjeta interna del trabajo que porta el n.º de DNI o el mismo DNI para dichas finalidades encuentra acomodo en el interés legítimo por parte de Prosegur y el cliente, efectuando operaciones con mayor certeza y seguridad”, siendo que no se considera sacrificado el derecho del titular del dato “por la mera confrontación de dicho dato que previamente se ha dado en papel, con el objeto de llevar a cabo las operaciones”.

Por su parte, también se ha considerado que la publicación de los datos de productividad de cada empleado puede ser una práctica conforme con el “interés legítimo” de la empresa (art. 6.1. f) RGPD), siempre que las garantías aplicadas por la empresa permitan un adecuado equilibrio entre los intereses confrontados. En ese sentido, La Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2011 (rec. 866/2010), del siguiente modo:

“Pues bien, respecto al vulneración del deber de secreto, la Agencia concreta como datos divulgados a terceros los correspondientes al nombre, apellido, puesto de trabajo,

⁴¹ AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, mayo de 2021, p. 10. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>

⁴² Sobre un supuesto en el que la empresa incorpora el DNI en un correo electrónico, sin que exista base de legitimación para ello, véase Expediente PS/00360/2020.

⁴³ Expediente n.º E/07034/2018.

número de empleado y las circunstancias correspondientes a los objetivos y productividad correspondiente a cada uno de los trabajadores, en el ámbito de un sistema de incentivos a la productividad, que se basa en el cumplimiento de una serie de objetivos. las circunstancias correspondientes a los objetivos y productividad correspondiente a cada uno de los trabajadores, en el ámbito de un sistema de incentivos a la productividad, que se basa en el cumplimiento de una serie de objetivos. Para ello se elabora con una periodicidad aproximadamente quincenal un informe que se remite a todos los empleados de una zona para su conocimiento, siendo accesible a todos los empleados de una sucursal la información sobre productividad de cualquier empleado de la misma. Se concreta en el informe de actuaciones previas que diariamente, el inicio de la jornada laboral, se realiza una reunión de todo el personal de cada sucursal, en el que se analiza la evolución del cumplimiento de objetivos y se fijan acciones a realizar para su consecución.

Siendo así, la Sala considera que la información remitida respecto a la valoración de la productividad, establecida en un sistema de incentivos por objetivos y circunscrita al ámbito de la zona de trabajo, no puede considerarse como vulneración del deber del secreto pues la consecución de los objetivos y el sistema de incentivos que dimana de la productividad entran dentro de la esfera de las relaciones laborales”.

Misma interpretación se habrá dado desde la AEPD a un supuesto en el que el tablón de anuncios de la empresa recoge periódicamente el listado de productividad de cada empleado no identificado nominalmente, sino mediante número de matrícula, y que solo es conocido por cada empleado y el personal del Departamento de Recursos Humanos⁴⁴. Considera la Agencia que le asiste a la empresa un claro “interés legítimo”, ya que, como empresa dedicada a la comercialización de productos derivados del cerdo ibérico, “cuenta con una Sala en que se deshuesan y lonchean jamones, todos ellos puro ibérico con un alto valor económico, con lo cual es imprescindible que el rendimiento que se saque a cada jamón/paleta al deshuesarlo o lonchearlo sea el mayor posible dado que cualquier desperdicio al respecto tiene un elevado coste. De ahí que se pretenda publicar semanalmente en el tablón de anuncios existente en esa Sala la productividad semanal, obteniéndose ese dato individual de cada persona del rendimiento obtenido de cada jamón/paleta y el número de sobres de jamón/paleta loncheado realizados”. De este modo, entiende la Agencia, se incentiva incluso una productividad sana entre empleados que ayuda a fomentar la productividad general, a la par que se permite a cada empleado conocer su propio rendimiento.

Tras la aplicación de la pertinente prueba de sopesamiento, se concluye que la publicación se realiza del modo menos perjudicial para el interesado, ya que se garantiza que solo las personas autorizadas pueden conocer la identidad de cada empleado para con el número publicado, y que la información se difunde en el ámbito exclusivo en el que se desarrolla la actividad productiva.

Para otras ocasiones, en sentido contrario, la AEPD ha considerado que prevalece el interés o derecho fundamental del interesado cuando el responsable del tratamiento de datos, en este caso un Colegio Profesional, se planteaba la posible licitud del traspaso de

⁴⁴ Informe Jurídico 208522/2018.

datos personales de sus integrantes a una Mutua de Previsión Social con fines de mercadotecnia, en tanto se considera que la Mutua puede tener interés en promocionar sus servicios para conseguir mutualistas, empero, la satisfacción del mismo en relación con el tratamiento propuesto no puede considerarse como necesario, “es decir, no se considera necesario para satisfacer un interés legítimo indiscutible de HNA (Mutua) en promocionarse, que el Colegio Profesional comunique los datos a HNA para que esta dé a conocer su actividad y servicios mediante acciones de mercadotecnia, pues además de incluirse dicha información en el régimen del mutualismo en la Disposición adicional decimoctava del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, estos ya están informados de dicha posibilidad afiliación, y además, puede considerarse que dicha información y su ofrecimiento, sirve también a promocionar la actividad y servicios de HNA”⁴⁵.

5.7. Tratamiento de datos dentro de grupos empresariales

La AEPD ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto al “interés legítimo” en el tratamiento de datos efectuado dentro de un Grupo de Empresas⁴⁶, con ocasión de una reclamación efectuada contra Grupo Telefónica. Se trataba aquí de un tratamiento de “los datos personales de sus empleados con «fines relacionados con el desarrollo, formación y promoción de los empleados, la administración, organización y gestión global de la relación laboral»”⁴⁷. Telefónica S.A., como empresa matriz del Grupo, incorporaba datos personales de los trabajadores para introducirlos en una plataforma informática externa a la que tienen acceso otras empresas del grupo, algunas de ellas desde fuera del Espacio Económico Europeo, realizando igualmente una labor de recogida de datos de redes sociales profesionales.

Las entidades externas al EEE tienen acceso a la plataforma y sus datos con motivo de procesos de formación, así como en procesos de movilidad internacional para cubrir vacantes en los que el trabajador haya presentado candidatura, para lo cual, además, la plataforma dispone de una casilla que el trabajador puede marcar para consentir dicho acceso.

En ese sentido, como se ha visto, el Reglamento (UE) ha considerado que “los responsables que forman parte de un grupo empresarial o de entidades afiliadas a un organismo central pueden tener un interés legítimo en transmitir datos personales dentro del grupo empresarial para fines administrativos internos, incluido el tratamiento de datos personales de clientes o empleados” (Considerando 48 RGPD).

La AEPD entiende que dentro de los Grupos de Empresa jerárquicos es posible que la empresa matriz se encuentre con la necesidad de disponer de información pertinente de los trabajadores del grupo, como puede ser el tipo de contrato, el salario, la jornada, la productividad, la antigüedad y otros de carácter profesional que puedan ser relevantes para

⁴⁵ Expediente N/REF: 0014/2021.

⁴⁶ El art. 4.19 RGPD define el “grupo de empresas” como el grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas.

⁴⁷ Procedimiento N.º: E/05386/2020.

la toma de decisiones⁴⁸. En ello, la información relativa a la gestión de recursos humanos puede tener cabida en la centralización de información administrativa interna a la que se refiere el Considerando 48.

En relación con la utilización de datos provenientes de redes sociales, la AEPD considera que su tratamiento podrá incluirse dentro del “interés legítimo” siempre que se justifique que el tratamiento está relacionado con fines profesionales y se demuestre que el tratamiento es necesario y pertinente para el desempeño del trabajo. “La mención al tratamiento de datos obtenidos de redes sociales se incardinaba siempre en relación “con las finalidades a las que se refieren los párrafos anteriores” que no son otras que las relacionadas con la ejecución del contrato laboral para fines relacionados con el desarrollo, formación y promoción de los empleados, previo análisis de que concurren las condiciones necesarias para determinar la licitud y pertinencia de dicho tratamiento. En este sentido, dada la sensibilidad que pudiera suscitar en el empleado la creencia de una intromisión innecesaria en su vida privada y en refuerzo de la base legitimadora del interés legítimo, se solicita el consentimiento expreso del trabajador en los supuestos en los que este se inscriba en un proceso de selección. Conviene aclarar que la posible consulta que se pudiera hacer de RRSS como fuente externa, se centraría en aquellas RRSS cuya finalidad es estrictamente laboral, como sucede con LinkedIn”⁴⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- AEPD, *La protección de datos en las relaciones laborales*, mayo de 2021.
- Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29, de 9 de abril de 2014.
- EDPB, *Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo*, European Data Protection Board, enero de 2020.
- EDPS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, European Data Protection Supervisor, 11 de abril de 2017.
- EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, European Data Protection Supervisor, 19 de diciembre de 2019.
- GARRIDO PÉREZ, E., “La actuación de los detectives privados como instrumento del control empresarial”, *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pp. 227-447.
- GOÑI SEIN, J. L., *“La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (Incluido el Real Decreto-Ley 5/2018)*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29, febrero de 2018.

⁴⁸ Procedimiento N.º: E/05386/2020.

⁴⁹ Procedimiento N.º: E/05386/2020.

- MUÑOZ RUIZ, A. B., “Videovigilancia y protección de datos de carácter personal a los empleados: una revisión de la doctrina administrativa de la Agencia Española de Protección de Datos”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A., *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 101-117.
- NAVARRO NIETO, F., “Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido”, *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pp. 71-89.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El Derecho a la Protección de Datos Personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos”, en *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Madrid, 2022, pp. 223-252.
- SEMPERE SAMANIEGO, F. J., “La licitud del tratamiento. (Comentario al artículo 6 RGPD y al artículo 8 LOPDGDD y Disposición adicional duodécima LOPDGDD)”, en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.): *Comentarios al Reglamento General de Protección de datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 925-956.
- SERRANO GARCÍA, J. M.^a, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y la jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2019.