La consulta plantea si la petición que realiza la empresa de autorización por consentimiento del interesado para solicitar y/o entregar a un tercero determinada información sobre el mismo en relación con, en principio, una solicitud empleo, es conforme a la legislación sobre protección de datos. Y se dice “en principio” porque del texto de la documentación presentada no se ciñe la petición de autorización tan solo a unos solicitantes de empleo, sino que parece que se extiende igualmente a la “verificación de los antecedentes” de quienes ya son empleados de la empresa.

I

De la lectura detenida del documento, cabe resaltar en principio, y sin perjuicio de referirnos luego a otras circunstancias, que se solicita consentimiento del interesado para solicitar los “antecedentes penales” del mismo.

Esta AEPD ya se ha pronunciado reiteradamente sobre esta circunstancia (por ejemplo en sus Informes de 23 de setiembre de 2014, 1 de junio de 2015, o 27 mayo de 2016, y cabe reiterar la doctrina sentada en estas resoluciones.

> *Como punto de partida debe recordarse que el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal incluye los datos relativos a las condenas penales, como datos sensibles. Dispone en este sentido su artículo 6 que “Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.”*
>
> *Por su parte, la Directiva 95/46 CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de*

tales datos, establece, en su art. 8.5 que "El tratamiento de datos relativos a infracciones , condenas penales o medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse bajo el control de la autoridad pública o si hay previstas garantías específicas en el Derecho nacional , sin perjuicio de las excepciones que podrá establecer el Estado miembro basándose en disposiciones nacionales que prevean garantías apropiadas y específicas. Sin embargo, sólo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de los poderes públicos"

La Ley Orgánica 15/1999 contempla los datos a que se refiere la consulta dentro de los datos especialmente protegidos, disponiendo en su artículo 7.5 que "Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas."

El legislador ha querido así sustraer por completo los ficheros que pudiesen contener los referidos datos a cualquier ámbito particular determinando que sólo los poderes públicos pueden ser titulares de tales ficheros; por consiguiente no es legalmente posible exigir a los candidatos a un puesto de trabajo un certificado de antecedentes penales, que no puede ser objeto de tratamiento por los particulares, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que, autorizados por una Ley y con las debidas garantías se contemple dicha medida. No cabe así legitimar el tratamiento de tales datos en el consentimiento del interesado, como señala el consultante, sino que es preciso analizar si existe una Ley que permita el tratamiento de dichos datos.

En el presente caso no se alega ni se menciona norma con rango de ley alguna que con las debidas garantías contemple dicha medida, por lo que la solicitud de antecedentes penales en el presente caso concreto se considera contraria a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD).

II

Pero además de lo anterior el documento presentado requiere otra determinada información además de los antecedentes penales.

Cabe recordar que la LOPD en su art. 4 establece el principio de la calidad del dato.

> *Artículo 4. Calidad de los datos.*
> *1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.*

El presente caso la solicitud de consentimiento se refiere tanto a determinados datos para personas que solicitan empleo en la empresa, cuanto a los mismos datos relativos a personas que ya tienen empleo en la empresa y que pretenden utilizarse para "verificar sus antecedentes en relación con su empleo", por lo que es obvio de dicho texto que no puede entenderse que la finalidad de dicho tratamiento y recogida de datos lo sea exclusivamente para verificar la idoneidad de una determinada persona para un empleo, puesto que no se discrimina respecto de la información que se recoge para verificar a quienes ya forman parte de la empresa. Por lo tanto dicho tratamiento de datos vulneraría el principio de calidad de los datos plasmado en el artículo 4 LOPD, por cuanto no se consideran adecuados, pertinentes o no excesivos en relación con el ámbito las finalidades plasmadas en el documento.

III

Si acudimos a los datos concretos que se solicitan, tampoco se considera que cumplan el principio de calidad del dato en cuanto que no se consideran en sí mismos adecuados, pertinentes por no excesivos. Así, no se entiende que con carácter general pueda considerarse adecuado la recogida tratamiento de datos relativos a la identidad, historial domiciliario, situación profesional, antecedentes laborales, historial académico, calificaciones de quien ya forma parte de la empresa. Del mismo modo en cuanto a los antecedentes de conducción, antecedentes militares o historial crediticio no se explícita cuál es la finalidad de dicha recogida de datos o cómo afecta no ya sólo a quienes van a solicitar empleo, sino por qué se solicitan de quienes ya tienen un empleo en la empresa. No existe en el documento explicación alguna de si dicha información se solicita en relación con algún determinado puesto que lo requiera por su propia naturaleza (por ejemplo, antecedentes de conducción de quien vaya a ser empleado como conductor) o por qué son relevantes dichos antecedentes de conducción para quien no tiene como

cometido laboral la conducción de automóviles. Por tanto, en la medida que nos explicitan las razones concretas y específicas de los datos cuya autorización se solicita en relación con los concretos puestos de trabajo se considera que incumplen el principio de calidad del dato previsto el artículo 4 LOPD.

IV

Cabe hacer mención a una última circunstancia, y es la relativa a que dicha solicitud de tratamiento de datos pretende basarse en el consentimiento del interesado. La LOPD define "consentimiento" en el artículo 3 letra h), como *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen".*

Dicha definición coincide con la contenida en el art. 4.11) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos):

*11) **«consentimiento del interesado»**: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;*

Y sus determinaciones pueden considerarse y valorarse a efectos de la mejor comprensión del alcance de las cuestiones que se suscitan en este caso (véase por ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016, Secc. 6ª, Rec. 2798/2015).

Pues bien, respecto del consentimiento los considerandos de dicho Reglamento UE números 42 y 43 son claros al respecto.

> *(42) (….) El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.*

(43) Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibro claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

En el presente caso por lo tanto no puede entenderse que el consentimiento reúna los requisitos previstos en el artículo 6 en relación con el artículo 3 h) LOPD por no considerarse libremente prestado, por cuanto se considera en primer lugar que no existe una situación de equilibrio entre la empresa y el solicitante de empleo, ni tampoco entre la empresa y quien ya está empleado en la misma en cuanto a la solicitud de autorización de los datos.

Del mismo modo, tampoco puede considerarse libremente prestado el consentimiento por cuanto del documento presentado a consulta resulta que el interesado no puede verdaderamente denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno ya que en el documento o expresamente se dice que tal acción "*podría ocasionar demoras en la determinación de su elegibilidad para empleo o la continuación del empleo por parte de la compañía y/o podría generar otras consecuencias".*

También cabe considerar en el presente caso que se presume que el consentimiento no se hubiese dado libremente por cuanto el documento presentado no permite autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales cuya autorización se solicita (y eso en el caso de que alguna pudiera considerarse adecuado en el caso concreto).

V

Por último, este informe no se pronuncia sobre la mención que hace la consulta a la existencia de una posible transferencia internacional de datos a

los Estados Unidos por no ser objeto de la misma, para lo que por supuesto, en su caso, habrán de cumplirse los requisitos previstos en la normativa respecto de las transferencias internacionales de datos, teniendo en cuenta la existencia o no en el país de destino de un nivel de protección equiparable al que presta la LOPD (art. 33 LOPD y concordantes del Reglamento de desarrollo de LOPD (RDLOPD) y la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de esta Agencia) así como las distintas autorizaciones necesarias para proceder a dicha transferencia internacional de datos previstas en la LOPD y RDLOPD y además teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 6 de octubre de 2015, C-362/14, Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner) ha declarado inválida la Decisión de la Comisión que declaró que Estados Unidos garantiza un nivel de protección adecuado de los datos personales transferidos.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS