

Dictamen en relació amb una consulta sobre el tractament de dades dels treballadors d'un consorci sanitari per part d'una empresa

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit en què es qüestiona l'adequació a la normativa de protecció de dades personals del tractament de dades dels treballadors d'un consorci sanitari per part d'una empresa amb la finalitat de controlar l'absentisme laboral.

S'adjunta a l'escrit còpia de la clàusula de sol·licitud del consentiment dels treballadors per al tractament de les seves dades personals amb la finalitat indicada.

Analitzada la petició i la documentació que l'acompanya, i vista la normativa vigent aplicable, aquesta Assessoria Jurídica emeto el següent dictamen

I

(...)

II

En l'escrit de consulta es posa de manifest que el consorci sanitari ha decidit contractar els serveis d'una empresa per tal de controlar l'absentisme laboral del seu personal.

Així mateix, es posa de manifest que la dita empresa ha facilitat a tot el personal del consorci un escrit en què se sol·licita el seu consentiment per al tractament de dades personals de salut amb la finalitat de verificar l'estat de la malaltia o l'accident i així controlar i justificar les faltes d'assistència al treball.

Un model d'aquest escrit de sol·licitud de consentiment es reproduïx en part en l'escrit de consulta i s'hi adjunta íntegrament com a document núm.1.

En atenció a aquests fets, es planteja a aquesta Autoritat si els treballadors del consorci estan obligats a firmar aquest consentiment i, per tant, a autoritzar el tractament de les seves dades mèdiques per l'empresa, així com si la dita empresa actua de conformitat amb la normativa de protecció de dades personals.

Aquestes qüestions s'analitzen en els apartats següents d'aquest dictamen, si bé per motius explicatius s'ha invertit l'ordre en què es formulen.

III

Des del punt de vista del dret fonamental a la protecció de dades personals (article 18.4 CE), que és la perspectiva des de la qual s'elabora aquest dictamen, ens trobaríem, en el cas plantejat, davant un tractament de dades de salut per part de l'empresa a conseqüència del contracte de prestació de serveis que aquesta empresa hauria subscrit amb el consorci.

Al respecte, cal tenir present que, d'acord amb l'article 7 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD), aquesta tipologia de dades especialment protegides, dades de salut, "*només poden ser*

recollides, tractades i cedides quan, per raons d'interès general, així ho disposi una llei o l'afectat hi consenti expressament” (apartat 3).

Tot seguit, la pròpia LOPD habilita el tractament de dades de salut quan aquest *“sigui necessari per a la prevenció o per al diagnòstic mèdics, la prestació d'assistència sanitària o de tractaments mèdics o la gestió de serveis sanitaris, sempre que el tractament de dades l'efectuï un professional sanitari subjecte al secret professional o altres persones subjectes a una obligació equivalent de secret”,* així com *“per salvaguardar l'interès vital dels afectats o d'una altra persona, en cas que l'afectat estigui físicament o jurídicament incapacitat per donar-ne el consentiment”* (apartat 6).

Ara bé, cal tenir present que *“las excepciones a dicha norma general, como la prevista en el artículo 7.6, deben ser interpretadas de modo estricto sin que quepa admitir otros casos de dispensa del consentimiento distintos al que aparece expresamente contemplado en la norma”* (sentència de l'Audiència Nacional de 26 de setembre de 2002, entre d'altres).

En aquest sentit i en atenció a la finalitat perseguida en el present cas, cal dir que, de conformitat amb la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional (fonamentalment la STC 202/1999) i, entre d'altres, en les Sentències de l'Audiència Nacional de 12 d'abril i de 10 de maig de 2002 en relació amb el tractament de dades de salut pel control de l'absentisme laboral, el control del treballador en situació d'incapacitat temporal dut a terme per l'empresari o per un tercer a qui aquest ho hagi encarregat no té per finalitat l'atenció mèdica i, per tant, no resulta d'aplicació en aquests casos l'excepció prevista a l'article 7.6 de la LOPD, citat.

No resultant d'aplicació aquest article 7.6 de la LOPD, cal examinar l'existència d'una altra norma amb rang de llei que pogués habilitar el tractament de dades de salut plantejat.

Cal tenir en compte per altra banda que l'article 20.4 de l'Estatut dels Treballadors (ET), aprovat pel Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març, estableix el següent:

“4. El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.”

Sobre això, i pel que fa als accidents de treball i les malalties professionals, l'article 78 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social i el reial Decret 575/1997, de 18 d'abril, pel qual es regulen determinats aspectes de la gestió i control de la prestació econòmica de la Seguretat Social per incapacitat temporal, ja van establir les funcions que corresponien a les entitats gestores i les Mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la Seguretat Social en el seguiment i el control de la prestació econòmica i de les situacions d'incapacitat temporal.

I en general per a qualsevol tipus de contingència, l'article 8 del Reial decret 625/2014, de 18 de juliol, pel qual es regulen determinats aspectes de la gestió i control dels processos per incapacitat temporal en els primers tres-cents seixanta-cinc dies de durada, va establir:

“1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, en su caso, y las mutuas, a través de su personal médico y personal no

sanitario, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de la incapacidad temporal objeto de gestión, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que se expida el parte médico de baja, sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud en materia sanitaria.

Pel que fa a les contingències comuns, les previsions d'aquest Reial decret s'han recollit amb posterioritat en la Llei 35/2014, de 26 de desembre, per la qual es modifica el text refós de la Llei General de la Seguretat Social (LGSS) en relació amb el règim jurídic de les Mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social, en vigor des de l'1 de gener de 2015.

Aquesta Llei 35/2014, entre d'altres qüestions, modifica la LGSS atribuïnt a les Mútues col·laboradores de la Seguretat Social – que és com es passa a denominar les Mútues d'accidents de treball i malalties professionals- el control i seguiment de la prestació econòmica per incapacitat temporal derivada de contingències comunes en els termes següents:

“(…)

«Subsecció 2.^a Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social

Artículo 68. Definición y objeto.

1. Son Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el Registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley.

Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, una vez constituidas, adquieren personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. El ámbito de actuación de las mismas se extiende a todo el territorio del Estado.

2. Es objeto de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social el desarrollo, mediante la colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de las siguientes actividades de la Seguridad Social:

(…)

b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

(…)

3. (...)

b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes **se desarrollará en los términos y condiciones establecidos en la disposición adicional undécima.**

(…)”.

“(…)

«Disposición adicional undécima. Gestión por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

1. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social desarrollarán la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias

comunes a favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia adheridos, (...).

2. Corresponde a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social la función de declaración del derecho a la prestación económica, así como las de denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción del mismo, sin perjuicio del control sanitario de las altas y bajas médicas por parte de los servicios públicos de salud y de los efectos atribuidos a los partes médicos en esta ley y en sus normas de desarrollo.

Los actos que se dicten en el ejercicio de las funciones mencionadas en el párrafo anterior serán motivados y se formalizarán por escrito, estando supeditada su eficacia a la notificación al beneficiario. Asimismo se notificarán al empresario en los supuestos en que el beneficiario mantenga relación laboral.

Recibido el parte médico de baja, la Mutua comprobará el cumplimiento por el beneficiario de los requisitos de afiliación, alta, periodo de carencia y restantes exigidos en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente y determinará el importe del subsidio, adoptando el acuerdo de declaración inicial del derecho a la prestación.

(...)

3. Cuando las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, con base en el contenido de los partes médicos y de los informes emitidos en el proceso, así como a través de la información obtenida de las actuaciones de control y seguimiento o de las asistencias sanitarias previstas en el apartado 5, consideren que el beneficiario podría no estar impedido para el trabajo, podrán formular propuestas motivadas de alta médica a través de los médicos dependientes de las mismas, dirigidas a la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud. Las Mutuas comunicarán simultáneamente al trabajador afectado y al Instituto Nacional de la Seguridad Social, para su conocimiento, que se ha enviado la mencionada propuesta de alta.

La Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud estará obligada a comunicar a la Mutua y al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en un plazo máximo de cinco días hábiles desde el siguiente a la recepción de la propuesta de alta, la estimación de la misma, con la emisión del alta, o su denegación, en cuyo caso acompañará informe médico motivado que la justifique. La estimación de la propuesta de alta dará lugar a que la mutua notifique la extinción del derecho al trabajador y a la empresa, señalando la fecha de efectos de la misma.

En el supuesto de que la Inspección Médica considere necesario citar al trabajador para revisión médica, ésta se realizará dentro del plazo de cinco días previsto en el párrafo anterior y no suspenderá el cumplimiento de la obligación establecida en el mismo. No obstante, en el caso de incomparecencia del trabajador el día señalado para la revisión médica, se comunicará la inasistencia en el mismo día a la Mutua que realizó la propuesta. La Mutua dispondrá de un plazo de cuatro días para comprobar si la incomparecencia fue justificada y suspenderá el pago del subsidio con efectos desde el día siguiente al de la incomparecencia. En caso de que el trabajador justifique la incomparecencia, la Mutua acordará levantar la suspensión y repondrá el derecho al subsidio, y en caso de que la considere no justificada, adoptará el acuerdo de extinción del derecho en la forma establecida en el apartado 2 y lo notificará al trabajador y a la empresa, consignando la fecha de efectos del mismo, que se corresponderá con el primer día siguiente al de su notificación al trabajador.

Cuando la Inspección Médica del Servicio Público de Salud hubiera desestimado la propuesta de alta formulada por la Mutua o bien no conteste a la misma en la forma y plazo establecidos, ésta podrá solicitar la emisión del parte de alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, de acuerdo con las atribuciones conferidas en la disposición adicional quincuagésima segunda. En ambos casos, el plazo para resolver la solicitud será de cuatro días siguientes al de su recepción.

4. (...)

5. Son actos de control y seguimiento de la prestación económica, aquellos dirigidos a comprobar la concurrencia de los hechos que originan la situación de necesidad y de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho, así como los exámenes y reconocimientos médicos. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social podrán realizar los mencionados actos a partir del día de la baja médica y, respecto de las citaciones para examen o reconocimiento médico, la incomparecencia injustificada del beneficiario será causa de extinción del derecho a la prestación económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 bis, en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin perjuicio de la suspensión cautelar prevista en el apartado 3 del artículo 132.
(...)"

D'acord amb aquestes previsions, s'atribueix a les Mútues Col·laboradores amb la Seguretat Social la funció de realitzar el control i el seguiment de les situacions d'incapacitat temporal per contingències comunes, als efectes de gestionar-ne la prestació econòmica corresponent. Així mateix, s'estableix que, per a la realització d'aquest control i seguiment, les dites Mútues poden dur a terme determinats actes, com ara, entre d'altres, "exámenes y reconocimientos médicos", a partir del dia de la baixa mèdica (apartat 5 de la Disposició addicional onzena). Així doncs, es pot entendre que les Mútues Col·laboradores amb la Seguretat Social tractaran, amb la finalitat indicada, dades de salut dels treballadors que es trobin en situació d'incapacitat temporal.

Atesa l'existència d'aquesta habilitació legal, el tractament de les dades de salut dels treballadors per al control de l'absentisme laboral per les Mútues Col·laboradores amb la Seguretat Social es podria dur a terme sense consentiment exprés dels afectats (article 7.3 LOPD).

Dit això, cal posar de manifest que aquest no semblaria ser el supòsit examinat en el present cas. Com s'ha vist, el tractament de dades de salut dels treballadors del consorci es duria a terme per l'empresa (...). Per la informació de què es disposa la dita empresa no semblaria tenir la consideració de Mútua col·laboradora amb la Seguretat Social (article 68.1 Llei 35/2014).

IV

Pel que es desprèn de les manifestacions efectuades en la consulta, l'empresa hauria facilitat als treballadors del consorci un escrit en què, precisament, se sol·licitaria el seu consentiment exprés per al tractament de les seves dades de salut amb la finalitat de controlar l'absentisme laboral.

Aquesta actuació de l'empresa coincidiria amb una de les dues opcions previstes en la normativa de protecció de dades per legitimar la recollida i el tractament d'informació de caràcter personal, això és l'obtenció del consentiment dels afectats. L'altra opció seria, com s'ha vist, disposar d'una llei o norma amb rang de llei que l'habilités.

Cal fer avinent que articular la legitimació del tractament que es pretén dur a terme a partir del consentiment dels treballadors pot resultar especialment complex, segons les circumstàncies que poden produir-se.

Des del punt de vista de la protecció de dades, per tal de considerar la prestació del consentiment dels afectats per al tractament de les seves dades –en aquest cas de salut– vàlida en termes LOPD és necessari que aquest consentiment, a banda de previ i exprés (article 7.3 LOPD), sigui també lliure, inequívoc, específic i informat (articles 3.h) LOPD i 5.1.d) RLOPD).

Pel que fa a la prestació lliure del consentiment s'entén, en matèria de protecció de dades, que aquest ha estat obtingut sense la intervenció de cap vici del consentiment en els termes regulats al Codi civil (error, violència, intimidació i dol), de tal manera que la persona titular de les dades disposi de la possibilitat de rebutjar lliurement que es tractin les seves dades.

El consentiment (junt amb la informació) és la peça angular sobre la qual gira la regulació en matèria de protecció de dades personals i deriva del propi contingut del dret fonamental a la protecció de dades personals (article 18.4 CE), consistent en un poder de disposició i de control sobre les dades personals, que faculta a la persona que n'és titular decidir quines d'aquestes dades vol proporcionar a un tercer, així com conèixer qui disposa de les seves dades i per a què o poder oposar-se al seu tractament (STC 292/2000, de 30 de novembre).

En relació amb la interpretació d'aquest concepte de "lliure consentiment" específicament en el context laboral, s'entén que aquest *"únicamente puede ser válido si el interesado puede elegir una opción real y no hay ningún riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas significativas en caso de que no consienta. Si las consecuencias del consentimiento socavan la libertad de elección de la persona, el consentimiento no es libre"* (Dictamen 15/2011 sobre la definició del consentiment, adoptat pel Grup de protecció de dades de l'Article 29, el 13 de juliol de 2011).

Es considera, de fet, que *"si un empresario debe tratar datos personales como consecuencia inevitable y necesaria de la relación laboral, no debería legitimar este tratamiento a través del consentimiento. Por el contrario, el recurso al consentimiento deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarse de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar posteriormente sin verse perjudicado por ello"* (Dictamen 8/2001 sobre el tractament de dades personals en el context laboral, adoptat pel Grup de protecció de dades de l'Article 29, el 13 de setembre de 2001).

Així doncs, el consentiment dels treballadors no podria entendre's vàlidament prestat en el context d'una relació laboral si la negativa d'aquest a donar-lo li comportés alhora algun tipus de conseqüència adversa o discriminatòria. No es tractaria d'un consentiment lliure i, per tant, el tractament pretès no podria emparar-se en el consentiment del treballador tal com preveu la LOPD.

Aquesta seria també la postura de la Proposta de Reglament general de protecció de dades –actualment, pendent d'aprovació–, el qual estableix que *"el consentimiento no constituirá una base jurídica válida para el tratamiento cuando exista un desequilibrio claro entre la posición del interesado y el responsable del tratamiento"* (article 7.4). En el seu considerant 34 s'afegeix al respecte que *"así sucede especialmente cuando el primero se encuentra en una situación de dependencia respecto del segundo, por ejemplo, cuando los datos personales de los trabajadores son tratados por el empresario en el contexto laboral. (...)".*

D'acord amb aquestes consideracions, és clar que no es podria obligar directament o indirectament els treballadors del consorci a consentir expressament el tractament de les seves dades de salut per l'empresa amb la finalitat examinada.

De fet, en atenció a les conseqüències adverses que, en el present cas, es podrien derivar pel treballador de la seva negativa a prestar-lo (una possible suspensió dels drets econòmics, derivada tant de l'article 20.4 ET com de l'article 131.bis.1 LGSS), el tractament pretès pel consorci, a través de l'empresa, no semblaria que es pogués emparar en el consentiment dels treballadors tal com preveu la LOPD, en no poder considerar-se que aquest s'hauria prestat lliurement. La possibilitat de dur a terme el control derivaria més aviat de l'article 20.4 ET, que ara s'ha d'interpretar de forma connexa amb les modificacions introduïdes per la Llei 35/2014 a la LGSS.

Qüestió diferent seria que aquest tractament de dades el dugués a terme, per compte del consorci, una Mútua col·laboradora amb la Seguretat Social, atès que, com s'ha apuntat anteriorment, aquestes estarien legitimades a fer-ho, sense necessitat de consentiment exprés dels afectats, sempre que la finalitat perseguida fos la gestió de la prestació econòmica per incapacitat temporal deriva de contingències comunes (article 68 i Disposició addicional onzena de la Llei 35/2014).

Tot i la inadequació de la legitimació del tractament plantejada a la consulta, atesos els termes en què s'efectua la consulta, es considera convenient fer, a continuació, algunes consideracions addicionals en relació amb l'escrit de sol·licitud de consentiment i informació que sembla ser s'hauria facilitat als treballadors.

V

Com s'ha vist, per a que l'obtenció del consentiment sigui vàlid en termes de la LOPD, aquest no només ha de ser, en aquest cas, exprés i lliure, sinó també inequívoc, específic i informat (articles 3.h) i 7.3 LOPD i article 5.1.d) RLOPD), sense que es puguin admetre informacions genèriques als treballadors que no concretin clarament la finalitat per la qual es tractaran les seves dades (sentència de l'Audiència Nacional de 2 de març de 2006 (FJ 7)).

L'article 5.1 de la LOPD estableix que els interessats als quals se sol·licitin dades personals han de ser informats prèviament de manera expressa, precisa i inequívoca dels extrems següents:

- a) De l'existència d'un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, de la finalitat de la recollida de les dades i dels destinataris de la informació.*
- b) Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.*
- c) De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.*
- d) De la possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.*
- e) De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant."*

En atenció a la finalitat perseguida en el present cas tindria especial importància que, entre la informació facilitada al treballador de conformitat amb aquest article 5.1 de la LOPD, s'indiqués de manera clara i precisa que la recollida de dades de salut obeeix a un control d'absentisme laboral (verificar si la situació d'incapacitat temporal al·legada pel treballador està justificada o no) que l'empresa efectua en virtut del contracte de prestació de serveis subscrit amb el consorci.

A l'escrit de consulta s'adjunta el model de sol·licitud de consentiment i informació que l'empresa hauria facilitat als treballadors del consorci segons les manifestacions efectuades pel sindicat consultant. En aquest model s'estableix que:

*“El trabajador, mediante la firma del presente documento **autoriza expresamente** a _ para que, en su caso, **verifique su estado de enfermedad o accidente que alegue para justificar sus faltas de asistencia al trabajo**, mediante reconocimiento a cargo del personal médico dispuesto por (...), **entidad a la que ha encargado la prestación de dichos servicios, encargados en virtud de la habilitación legal contemplada en el Estatuto de Trabajadores**, dentro de las facultades de reconducción, organización y control laboral de __. El trabajador **queda informado y consiente expresamente que los datos que proporcione voluntariamente** a la red médica dispuesta por (...), **incluidos los de salud**, que sean necesarios y pertinentes para llevar a cabo la verificación indicada, bien a través de recepción de llamadas o por cualquiera otro medio, **sean tratados por ésta para las finalidades anteriormente indicadas**, así como también, en el supuesto que contratase dicho Servicio para prestarle servicios sanitarios para la mejora de su estado de salud si así lo preciso y solicito, o para que reciba asesoramiento médico para el correcto tratamiento de sus eventuales procesos patológicos. En todo momento (...) actuará con el más profundo y absoluto respecto a la normativa sobre confidencialidad y protección de datos aplicable. Igualmente **se informa al trabajador que (...) no revelará sus datos de salud** a __. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por la mencionada Ley, se informa al trabajador que podrá ejercer los derecho de acceso, rectificación, concertación u oposición de sus datos, enviando escrito a la anterior dirección de (...), al que deberá acompañar una fotocopia de su DNI o documento equivalente”.*

La informació donada en relació amb el tractament de dades de salut del treballador amb la finalitat de verificar l'estat de la malaltia o accident al·legat per justificar la falta d'assistència al lloc de treball, a través d'un reconeixement mèdic, atès que la seva empresa (en aquest cas seria el consorci) li ha encarregat la prestació d'aquest servei, junt amb la informació relativa a la possibilitat de consentir també el tractament de les seves dades amb finalitats d'assistència sanitària, no es podria considerar conforme amb la LOPD.

Com s'ha dit, el consentiment ha d'ésser específic, això és referit a una determinada operació de tractament (recollir, gravar, conservar, elaborar, modificar, bloquejar, cancel·lar o cedir) i per a una finalitat determinada, explícita i legítima del responsable, tal com exigeix l'article 4.2 de la LOPD.

Per aquest motiu, caldria separar clarament la informació sobre el tractament pretès (el control de l'absentisme laboral) de la informació facilitada en aquest mateix model en relació amb un altre possible tractament de dades (la prestació de “servicios sanitarios para la mejora de su estado de salud si así lo preciso y solicito, o para que reciba asesoramiento médico para el correcto tratamiento de sus eventuales procesos patológicos”).

No és sobrer assenyalar, malgrat no resultar encara d'aplicació, que la Proposta de Reglament general de protecció de dades preveu, en aquest sentit, que “si el consentimiento del interesado se ha de dar en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otro asunto, el requisito de dar el consentimiento deberá presentarse de tal forma que se distinga **claramente** de ese otro asunto. Las disposiciones relativas al consentimiento del interesado que infrinjan parcialmente el presente Reglamento serán totalmente **nulas**” (article 7.2).

La LOPD també exigeix informar l'afectat clarament del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades, així com de les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les (apartats b) i c) de l'article 5 LOPD).

El model de consentiment i informació adjuntat facilita la informació sobre aquests extrems en un termes que, val a dir, podrien resultar confusos per al treballador i, per tant, podrien no considerar-se conformes amb la citada LOPD.

Es preveu que *“el trabajador queda informado y consiente expresamente que los datos que **proporcione voluntariamente** a la red médica dispuesta por (...), incluidos los de salud, que sean necesarios y pertinentes para llevar a cabo la verificación indicada, bien a través de recepción de llamadas o por cualquiera otro medio, sean tratados por ésta para las finalidades anteriormente indicadas (...)*”. Així, semblaria desprendre's que l'aportació de les dades personals per part dels treballadors a l'empresa amb la finalitat indicada seria facultativa.

Però, tot seguit, en el model s'estableix *“informarle que en caso de cancelación u oposición al tratamiento de sus datos, incluidos los de salud, es posible que no pueda hacerse efectiva dicha labor una vez cancelado el tratamiento o durante el tiempo que dure dicha oposición, por carecer de los datos necesarios para su ejecución. Indicarle asimismo que su empresa nos ha informado que en tanto la denegación por ud. realizada, supone una negativa efectiva como trabajador al reconocimiento verificado procederá, como amparo en lo establecido en el art. 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, a la suspensión de los derechos económicos que en aquel sentido le pudieran corresponder, así como a la adopción de las medidas directivas de control laboral conformes a la legislación laboral aplicable. (...)*”.

En atenció a les possibles conseqüències previstes en cas de no facilitar-se aquestes dades, o d'exercir els drets oposició o cancel·lació, més aviat semblaria desprendre's que els treballadors estarien obligats a facilitar la seva informació personal a l'empresa. En relació amb aquest extrem, ens remetem a les consideracions efectuades en l'apartat anterior d'aquest dictamen, sens perjudici de la necessitat d'esclarir la informació que es facilitaria a les persones afectades sobre aquests extrems de l'article 5.1 de la LOPD, apartats b) i c).

D'altra banda, també seria necessari que s'inclogués expressament la informació relativa a l'apartat e) de l'article 5.1 de la LOPD, això és la identitat del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant.

Tot i que de la informació facilitada en el dit model es pogués entendre que l'empresa és la responsable del tractament (l'empresa sol·licita el consentiment exprés, s'indica el seu domicili i s'informa que els drets d'accés, rectificació, cancel·lació (el text diu *“concertación”*) i oposició poden exercir-se davant l'empresa), les particularitats del tractament en qüestió (servei contractat pel consorci) exigiria concretar-ho específicament.

Així mateix, si bé es consideraria correcta la informació al treballador de que l'empresa no revelarà les seves dades de salut, convé fer avinent que, en atenció a la finalitat perseguida (control de l'absentisme laboral), és previsible que es comuniqui a l'empresari (en aquest cas al consorci) la seva condició d'apte o no, és a dir, si la situació d'incapacitat temporal al·legada per absentar-se del lloc de treball està justificada o no.

La comunicació d'aquesta informació personal del treballador requeriria, des del punt de vista de la protecció de dades, comptar, a manca d'una norma amb rang de llei que

l'habilités, amb el seu consentiment exprés (article 7.3 LOPD), en considerar-se en si mateixa informació relativa a la seva salut (article 5.1.g) RLOPD).

Per aquest motiu, caldria especificar en el model de consentiment i informació examinat que no es revelaran les seves dades de salut a la seva empresa (el consorci) tret del resultat positiu o negatiu del control efectuat.

Ara bé, en aquest punt, cal fer avinent que existiria també l'opció de que la dita comunicació d'informació personal no tingués consideració de cessió –i, per tant, no es requerís el consentiment- si s'hagués subscrit un acord o contracte d'encarregat de tractament de les dades entre el consorci i l'empresa per aquesta finalitat amb les previsions de l'article 12.2 de la LOPD, o bé si dites previsions s'haguessin incorporat en el contracte de prestació de serveis mèdics subscrit entre ambdues entitats.

Per la informació de què es disposa, cal dir que es desconeix si es compta amb aquest contracte o acord de l'article 12 de la LOPD.

En atenció a les consideracions fetes fins ara, per tal de considerar que l'actuació de l'empresa en relació, en concret, amb la informació que es facilitaria als afectats resulta conforme amb la normativa de protecció de dades, no s'adequaria als aspectes exigits per l'article 5.1 de la LOPD.

D'acord amb les consideracions fetes en aquest dictamen en relació amb la consulta plantejada, es fan les següents,

Conclusions

La Llei 35/2014, de 26 de desembre, per la qual es modifica el text refós de la Llei General de la Seguretat Social en relació amb el règim jurídic de les Mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social, atribueix a les Mútues Col·laboradores amb la Seguretat Social el control i seguiment de la prestació econòmica per incapacitat temporal derivada de contingències comunes, mitjançant la comprovació dels fets que originen la situació, els requisits per adquirir o mantenir el dret i els exàmens i reconeixements mèdics necessaris (article 68 i disposició addicional onzena). Aquesta previsió legal habilitaria el control d'absentisme dut a terme per una d'aquestes Mútues, però n'el que efectuïn altres entitats que no tinguin aquesta condició.

Des de la vessant del dret a la protecció de les dades personals, només es considera vàlid el consentiment que l'afectat presta de manera lliure, inequívoca, específica i informada (articles 3.h) LOPD i 5.1.d) RLOPD). Atès el context en què es produeix i les conseqüències que es derivarien d'una eventual negativa, no sembla que el consentiment dels treballadors pugui considerar-se lliure als efectes de legitimar el tractament esmentat.

Ateses aquestes previsions, el tractament d'aquestes dades amb la finalitat de fer un control de la situació de baixa per una empresa contractada per l'empresa on el treballador presta serveis que no tingui la consideració de mútua col·laboradora de la Seguretat Social no s'adequaria a la normativa de protecció de dades.

Barcelona, 27 de febrer de 2015