CNS 53/2021

Dictamen en relació amb la consulta formulada per la delegada de protecció de dades de d'un ajuntament sobre el control de l'absentisme del personal laboral i funcionari per una empresa externa

Es presenta davant l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades una consulta formulada per la delegada de protecció de dades d'un ajuntament sobre el control de l'absentisme del personal laboral i funcionari, a través d'una empresa contractada a tal efecte.

En el seu escrit la delegada de protecció de dades parteix de la premissa que *"a nivell del personal laboral l´empresa, en aquest cas, l´Ajuntament, pot fer controls de l´absentisme sense necessitat de consentiment per part del treballador, doncs l´art. 20.4 Estatut dels Treballadors permet fer aquest control de l´absentisme, al que el treballador no es pot negar i no essent necessari el consentiment. Així també ho indica la guia de relacions laboral de l´AEPD que afegeix que sí caldria donar informació detallada al treballador sobre aquests fets i finalitats. A més, arrel de la STS 2018 es permet que aquest control es pugui fer per empresa externa que no sigui entitat col·laboradora de la Seguretat Social. Però res s´indica respecte el personal funcionari, doncs no està regulat a l´EBEP".* Respecte d'aquesta qüestió planteja si s´aplicaria per analogia l'article 20.4 de l'ET al personal funcionari i per tant seria possible també fer aquest control de l´absentisme sense el consentiment dels treballadors.

En segon lloc, exposa que l'empresa demana, des de l'inici del contracte i, independentment que el treballador estigui malalt o absent o no, o mai pugui arribar a estar-ho, les dades de tots els treballadors municipals (nom i cognoms, telèfon, correu electrònic, càrrec i servei en el que treballa), justificant la seva demanda en que això els facilita el posterior seguiment i gestió d'un possible absentisme, i en el fet que part de la tasca que se'ls encomana és la de fer estadístiques. Al respecte planteja el dubte següent: *"En el cas de tenir el consentiment del treballador, es podrien donar les seves dades a l'empresa malgrat que el treballador mai estigués absent?"*

Finalment planteja el dubte sobre com ha de procedir l'ajuntament en el cas que un treballador, laboral o funcionari, demani la supressió de les seves dades ja que segons indica aquest fet impediria que l'empresa contactés amb ell per realitzar la tasca de control de l'absentisme. En concret planteja si caldria suprimir les dades d'aquest treballador i, finalment si seria diferent en el cas que es tractés de personal funcionari que de personal laboral.

Analitzada la consulta que s'acompanya dels dictàmens de l'Autoritat CNS 21/2012 i CNS 58/2014, de la STS 62/2018, així com del contracte d'encàrrec del tractament amb l'empresa encarregada del control de l'absentisme, d'acord amb l'informe de l'Assessoria Jurídica, emeto el dictamen següent:

I

(...)

II

Amb caràcter previ cal posar de manifest que es desconeix quines són les actuacions concretes per al control de l'absentisme dels empleats públics que l'ajuntament vol implementar amb la contractació d'una empresa externa atès que a la consulta no s'especifica quines són aquestes tasques, ni s'adjunta el contracte de serveis o el plec de clàusules administratives d'aquell. Ara bé, d'acord amb el contingut del contracte d'encarregat del tractament que s'adjunta es pot deduir que els serveis contractats tenen per objecte que l'empresa externa porti a terme una revisió mèdica dels treballadors per verificar la seva situació de baixa laboral. Un cop efectuada la revisió, l'empresa es compromet a comunicar a l'ajuntament les dades relatives a si el treballador ha accedit a la revisió i a les revisions periòdiques, si es considera una baixa justificada o no i la data de possible reincorporació a la feina.

Així, la clàusula primera del contracte d'encàrrec del tractament s'estableix: *"L'Ajuntament (...) autoritza a (...) a tractar les dades esmentades per compte seva a l'empara dels serveis contractats i especificats en el contracte d'adjudicació".*

Pel que fa a la base jurídica del tractament la clàusula segona del contracte d'encàrrec del tractament especifica:

> *"No serà necessari el consentiment dels empleats públics, donat que la base jurídica per al tractament de dades per a aquesta finalitat queda emparat per l'art. 20.4 ET i pel contracte de treball i/o les normes de privacitat signades (art. 6.1.b) Reglament UE.)*
>
> *En qualsevol cas, (...) quedarà obligada, amb caràcter previ al tractament que es faci de les dades facilitades, a informar a l'empleat públic en relació a que s'estan verificant les seves condicions d'aptitud per compte de l'Ajuntament mitjançant l'encarregada del tractament i que el tractament de dades està emparat per l'art. 20.4 ET i la política de privacitat de l'Ajuntament, doncs es tracta d'un control laboral.*
>
> *(...) pot generar una base de dades, la qual conté dades de salut considerats pel Reglament (UE) 2016/679, article 9, categoria especial de dades. Respecte aquestes dades, (...) serà el Responsable del tractament, doncs aquestes en cap cas seran facilitades a l'Ajuntament, que només coneixerà sobre el caràcter Apte/No apte del treballador, és a dir, la conclusió del reconeixement mèdic, sense tenir accés a cap dada de salut.*
>
> *(...)comunicarà a l'Ajuntament (...) exclusivament les següents dades:*
>
> - *Si el treballador accedeix o no a la verificació de la seva situació de baixa*
> - *Si el treballador assisteix o no a les cites de revisió*
> - *Si la baixa del treballador es considera justificada o no*
> - *La data de possible reincorporació a la feina.*
>
> *Aquestes dades són transferides amb l'única i exclusiva finalitat de que l'Ajuntament (...) pugui verificar les condicions psicofísiques per a la reincorporació al lloc de treball dels empleats en situació de baixa laboral per contingències comunes, quedant el seu tractament a l'empara del que disposa l'article 6.1.a del Reglament (UE) 2016/679, sense que la transferència inclogui dades de salut ni cap altra dada personal considerat com a categoria especial."*

III

Des de la perspectiva de la normativa de protecció de dades cal partir de la base que el Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (en endavant, RGPD), d'acord amb els seus articles 2 i 4.1 resulta d'aplicació als tractaments que es duguin a terme sobre les dades personals enteses com qualsevol informació *"sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".*(Article 4.1 RGPD).

D'acord amb l'article 4.15) de l'RGPD les dades relatives a la salut són "*datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud;".* El considerant 35 de l'RGPD especifica que *"entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1); todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro."*

L'article 4.2) de l'RGPD considera tractament*"«cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción".*

D'acord amb aquestes definicions cap dubte planteja que el tractament de les dades dels treballadors municipals per al control de les absències, ja sigui directament per l'Ajuntament, ja sigui mitjançant una empresa contractada a tal efecte, és un tractament de dades personals sotmès a l'RGPD i a l'LOPDGDD. A més, el control de l'absentisme laboral per part de l'Ajuntament, en el cas que aquest sigui com a conseqüència d'indisposició, malaltia o accident de la persona treballadora, pot comportar el tractament de dades de salut d'aquells treballadors, encara que la dada tractada només faci referència a la causa de la situació d'incapacitat o la referida a si el treballador és apte o no per a incorporar-se al lloc de treball.

L'RGPD disposa que tot tractament de dades personals ha de ser lícit, lleial i transparent en relació a l'interessat (article 5.1.a)) i, en aquest sentit, estableix un sistema de legitimació del tractament de dades que es fonamenta en la necessitat de què concorri alguna de les bases jurídiques establertes al seu article 6.1. En concret, pel que fa als tractaments efectuats per les administracions públiques tenen especial rellevància els apartat c) i e) de l'article 6.1 de l'RGPD que disposen respectivament, que el tractament serà lícit si "*es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento", i "el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento".* En el cas que ens ocupa cal tenir en consideració també la base jurídica prevista a la lletra b) de la l'article 6.1 RGPD quan *"el tratamiento es 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".*

Tal com es desprèn de l'article 6.3 de l'RGPD i recull expressament l'article 8 la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD), el tractament de dades només podrà considerar-se fonamentat en les bases jurídiques de l'article 6.1.c) i e) de l'RGPD quan així ho estableixi una norma amb rang de llei.

Com s'ha exposat, les dades objecte del tractament per al control de l'absentisme poden ser dades de salut dels treballadors. L'RGPD prohibeix en el seu article 9.1 el tractament de categories especials de dades, com és el cas de les dades relatives a la salut, excepte si, a més d'una base jurídica prevista a l'article 6.1 es dona també alguna de les excepcions establertes a l'article 9.2 de l'RGPD, entre les quals:

> *"(...)*
> *a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;*
>
> *b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;*
> *(...)*
> *h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;*
> *(...)*
> *3. Los datos personales a que se refiere el apartado 1 podrán tratarse a los fines citados en el apartado 2, letra h), cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos*

nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes."

Escau analitzar, doncs si existeix una base legítima del tractament objecte de la consulta.

IV

El control de l'absentisme laboral és una manifestació de les facultats de direcció i control de l'activitat laboral que es reconeix a l'empleador respecte dels treballadors, ja sigui en l'àmbit del dret laboral regulat pel Reial Decret Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (ET), ja sigui en l'àmbit del personal funcionari, d'acord amb l'establert al Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic.(EBEP) i a la normativa de funció pública.

En l'execució de les facultats de direcció i control de l'activitat laboral, l'empresari disposa d'informació sobre les situacions d'absentisme del personal atesa la seva obligació, a l'empara de la normativa laboral o administrativa, a comunicar a l'empresa les absències del lloc de treball i el motiu de l'absència. Això, en el benentès que les dades mèdiques de les quals cal informar l'empresa es limiten a la situació d'incapacitat o d'indisposició sense que el treballador estigui obligat a informar, per aquesta finalitat, sobre la malaltia concreta que pateix.

A més, el règim general de la seguretat social, en concret l'article 169 del Reial Decret Legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social (LGSS) estableix que les situacions determinants de la incapacitat temporal dels treballadors són: les degudes a malaltia comuna o professional i accident sigui o no al treball, durant els períodes en que rebi assistència sanitària de la Seguretat Social i estigui impedit pel treball amb una duració màxima de tres-cents seixanta cinc dies prorrogables i els períodes d'observació per malaltia professional amb baixa. I l'article 7 del Real Decreto 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-centes seixanta i cinc dies de la seva durada (RD 625/2014), que els comunicats mèdics de baixa i d'alta i dels treballadors com a conseqüència d'incapacitat laboral temporal, siguin comunicats a l'empresa. En concret l'article 7 estableix:

"1. El facultativo que expida los partes médicos de baja, confirmación y alta entregará al trabajador dos copias del mismo, una para el interesado y otra con destino a la empresa.

En el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición de los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, el trabajador entregará a la empresa la copia destinada a ella. No obstante, si durante el período de baja médica se produjese la finalización del contrato de trabajo, el trabajador vendrá obligado a presentar ante la entidad gestora o la mutua, según corresponda, en el mismo plazo de tres días fijado para la empresa, las copias de los partes de confirmación de la baja.

Dentro de las 24 horas siguientes a su expedición, el parte médico de alta con destino a la empresa, será entregado por el trabajador a la misma o, en los casos indicados de finalización del contrato, a la entidad gestora o mutua.

El servicio público de salud o, en su caso, la mutua, remitirán los partes médicos de baja, confirmación y alta, al Instituto Nacional de la Seguridad Social, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

2. Las empresas tienen la obligación de remitir al Instituto Nacional de la Seguridad Social, con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados a partir de la recepción del parte presentado por el trabajador, a través del sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED), los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta que les presenten los trabajadores, cumplimentados con los datos que correspondan a la empresa.

El incumplimiento de la citada obligación podrá constituir, en su caso, una infracción de las tipificadas en el artículo 21.6 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

(...)"

Aquesta informació dels treballadors (si el treballador s'ha absentat del seu lloc de treball i si el motiu d'aquesta absència és un motiu de salut) pot ser utilitzada per l'empresa per controlar l'absentisme, entre les quals, per exemple la comunicació amb el treballador o la realització d'estadístiques. Aquestes funcions es podrien efectuar directament per l'empresari o l'administració pública directament o a través de la contractació d'aquests serveis a una empresa que actuaria com a encarregada del tractament per compte de l'empresari.

Per tant, en exercici de les facultats de direcció i control de l'activitat laboral, els empresaris o les administracions públiques tindrien una habilitació per al tractament de determinades dades de salut dels treballadors en situació d'incapacitat laboral temporal o d'absència per indisposició d'acord amb l'article 6.1.b) i l'article 9.2.b) de l'RGPD, en relació amb la normativa esmentada.

Ara bé, en la consulta es planteja en concret si es poden utilitzar les dades dels treballadors per a la realització de una revisió mèdica per tal de verificar la seva situació de baixa laboral.

V

En aquest punt escau analitzar el règim aplicable al personal laboral, en primer lloc, i posteriorment el règim aplicable al personal funcionari, per tal de determinar quina pot ser la base legítima d'aquest tractament.

La lletra a) de l'article 9.2 de l'RGPD estableix que el consentiment de l'interessat pot constituir una base legítima per al tractament de categories especials de dades en determinades circumstàncies.

D'acord amb l'RGPD el consentiment de l'interessat és: "*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;"*(article 4.11 RGPD).

Per tal que el consentiment sigui una base legítima que fonamenti el tractament de les dades personals ha de consistir en una manifestació de voluntat lliure, específica, informada i inequívoca. El RGPD perfila en els considerants 32, 42 i 43 quins son els requisits que ha de reunir el consentiment per tal que es consideri vàlid. Així el Considerant 42 de l'RGPD estableix: "*Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. 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.* En concret en el cas de desequilibri entre l'interessat i el responsable del tractament el considerant 43 estableix: "*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, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento".*

El Consell Europeo de Protecció de Dades en les Directrius 5/2020 sobre el consentiment en el sentit del Reglamento (UE) 2016/679, exposa que *"(...)También en el contexto del empleo se produce un desequilibrio de poder. Dada la dependencia que resulta de la relación entre el empleador y el empleado, no es probable que el interesado pueda negar a su empleador el consentimiento para el tratamiento de datos sin experimentar temor o riesgo real de que su negativa produzca efectos perjudiciales. Parece poco probable que un empleado pudiera responder libremente a una solicitud de consentimiento de su empleador para, por ejemplo, activar sistemas de vigilancia por cámara en el lugar de trabajo o para rellenar impresos de evaluación, sin sentirse presionado a dar su consentimiento. Por tanto, el CEPD considera problemático que los empleadores realicen el tratamiento de datos personales de empleados actuales o futuros sobre la base del consentimiento, ya que no es probable que este se otorgue libremente. En el caso de la mayoría de estos tratamientos de datos en el trabajo, la base jurídica no puede y no debe ser el consentimiento de los trabajadores [artículo 6, apartado 1, letra a)] debido a la naturaleza de la relación entre empleador y empleado. No obstante, esto no significa que los empleadores no puedan basarse nunca en el consentimiento como base jurídica para el tratamiento de datos. Puede haber situaciones en las que el empleador pueda demostrar que el consentimiento se ha dado libremente. Dado el desequilibrio de poder entre un empleador y los miembros de su personal, los trabajadores únicamente pueden dar su libre consentimiento en circunstancias excepcionales, cuando el hecho de que otorguen o no dicho consentimiento no tenga consecuencias adverses".*

El consentiment dels treballadors no podria entendre's vàlidament prestat en el context d'una relació laboral si la negativa a donar-lo li comportés algun tipus de conseqüència adversa o discriminatòria. Certament en l'àmbit del personal laboral, al qual li resultaria d'aplicació l'ET, la negativa a permetre el control de l'absentisme per part del treballador pot comportar conseqüències negatives, com analitzarem a continuació, per l'aplicació de l'article 20.4 de l'ET que preveu expressament que per al cas que el treballador es negui a la realització de la revisió

mèdica aquest fet "*podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones."*

En conseqüència, no sembla que l'ajuntament pugui fonamentar en el consentiment el tractament de les dades del personal laboral ja que la situació de desequilibri en la qual es troben aquests respecte del seu empleador no faria possible que el consentiment sigui lliure.

Ara bé, tal com estableix l'esmentat article 20.4 de l'ET:

> *"El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este 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."*

La jurisprudència del Tribunal Suprem, entre altres les STS 481/2018 i la més recent STS 629/2021 conclouen que és vàlid el control mèdic per una empresa externa per verificar l'estat d'incapacitat declarada pel treballador. Així la STS 481/2018 efectua les consideracions següents:

> *"(…) Como bien razona la sentencia de instancia, la potestad que ese precepto estatutario atribuye al empleador no es sino una manifestación de las distintas facultades de dirección y control de la actividad laboral que le corresponde como titular de la misma, conforme a las reglas generales del art. 20 ET en cuyo ámbito se enmarca, sin que la norma disponga otras limitaciones diferentes a las que de ordinario se desprenden de las exigencias de la buena fe y el respeto a los derechos de los trabajadores, esencialmente en este punto, de todos aquellos relacionados con la salvaguarda de su intimidad y la consideración debida a su dignidad, a la que de forma expresa se refiere en ese mismo contexto del control de la actividad laboral art. 20.3 ET .(…)*
>
> *Y de lo que se trata en el caso de autos, es justamente de determinar si lo previsto en el art. 63 del Convenio Colectivo supone una limitación en tal sentido que obligue a la empresa a encomendar esas funciones a la Mutua, y le impida la posibilidad de utilizar los servicios de personal médico subcontratado a través de una tercera empresa. (Fonament 4.2)*
> *(…)*
> *el art. 20.4 ET carece de cualquier connotación que pudiere estar vinculada con la gestión de la prestación de incapacidad temporal desde ninguna de sus diferentes perspectivas, ya sea la puramente referida al derecho del trabajador a recibir asistencia sanitaria o la vinculada a la percepción de la prestación económica subsiguiente, pues tiene como única y exclusiva finalidad la comprobación del carácter justificado de las faltas de asistencia que el trabajador haya justificado en su estado de salud.*
>
> *Es cierto que esa verificación del estado de salud del trabajador puede desplegar no solo eventuales consecuencias disciplinarias, sino también económicas, en tanto que el art. 20.4 ET admite que la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos médicos pudiere determinar la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario. Previsión que se entrecruza y puede llegar a incidir con el pago de las mejoras de seguridad social que regula el art. 63 del Convenio Colectivo , afectando de esta forma al ámbito prestacional de la incapacidad temporal.*

<u>Pero esta circunstancia indirecta no desnaturaliza la verdadera finalidad y objeto de la facultad empresarial que regula el art. 20.4 ET</u> , que actúa en un aspecto distinto del puramente prestacional en la gestión de la incapacidad temporal al que se refiere el art. 63 del Convenio Colectivo , <u>para enmarcarse dentro del estrictamente referido al conjunto de facultades generales de dirección y control de la actividad laboral que el art. 20 ET atribuye al empresario, entre las que incluye ese control sobre las faltas de asistencia que el trabajador justifique en su estado de salud</u>."(Fonament 4.3)

(…)
Por otra parte, como dispone el art. 82. 1 LGSS , la actuación de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social se enmarca dentro de la acción protectora del sistema.

Las competencias de las mutuas en esta materia quedan perfectamente delimitadas en lo que dispone el número 2 de ese mismo precepto para las contingencias profesionales, y el número 4 para las comunes.

Se corresponden con el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación de incapacidad temporal, así como a su suspensión, anulación y extinción en los términos legales, quedando estrictamente circunscritas a ese ámbito y sin irradiar sus efectos sobre aspectos estrictamente relativos a la relación laboral y ajenos a las consecuencias prestacionales derivadas del estado de salud del trabajador, ya sea en su aspecto económico o de asistencia médica y sanitaria.
No es objeto de este recurso pronunciarnos sobre la posibilidad de que el empresario puede encomendar a la mutua los reconocimientos a cargo de personal médico a los que se refiere el art. 20.4 ET , ya sea por decisión unilateral o pactada en un acuerdo colectivo.

El debate litigioso se limita a decidir si el art. 63 del Convenio Colectivo de autos impone a la empresa esa obligación de utilizar los servicios médicos de la Mutua, y es claro que la respuesta a esa cuestión ha de ser necesariamente negativa a la vista de la redacción del precepto convencional, que no va más allá de reflejar las competencias que en materia de gestión de la prestación de incapacidad temporal le corresponde a la mutua conforme a las disposiciones de la LGSS. (Fonament 4.4)"

Aquesta doctrina ha estat recollida, entre d'altres en les sentències de l'Audiència Nacional (sala social) 20/2019, de 13 de febrer i 4/2020, de 20 de gener(confirmada en cassació per la STS 629/2021 de 15 de juny), que conclouen que l'article 20.4 de l'ET permet a l'empresari verificar l'estat de salut al·legat pels treballadors per justificar les faltes d'assistència a la feina, i en concret, que aquesta verificació es pot dur a terme mitjançant reconeixements a càrrec de personal mèdic. Aquestes sentències dictaminen que l'article 20.4 de l'ET no impedeix a l'empresa externalitzar l'activitat de control de l'absentisme laboral i que els reconeixements mèdics que l'article 20.4 de l'ET preveu com a mesura de control de l'absentisme laboral poden ser realitzats per personal mèdic d'una empresa contractista. En definitiva, es conclou que és ajustat a dret que l'empresari encarregui a una empresa controlar i verificar l'estat de salut dels treballadors que es troben en situació d'IT, poden tractar a aquest efectes les dades necessàries per a fer-ho.

Essent així sembla clara la base jurídica per al tractament de les dades necessàries per a fer-ho. En concret, la base jurídica d'aquest tractament seria l'article 6.1.b) de l'RGPD "*el tratamiento es*

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", així com l'article 9.2.b) de l'RGPD en relació amb les facultats de direcció i control de l'activitat laboral atribuïdes per l'article 20.4 de l'ET.

La disposició addicional 25 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, estableix "*Para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de encargado del tratamiento."* D'acord amb aquest precepte, i pel que fa a les dades a les quals tingui accés que siguin responsabilitat de l'Ajuntament, l'empresa contractada per l'Ajuntament tindrà la consideració d'encarregada del tractament de les dades dels treballadors necessàries per a la realització de les tasques de control de l'absentisme encomanades per l'ajuntament.

Aquest encàrrec s'ha de formalitzar mitjançant un contracte d'encàrrec del tractament que vinculi a l'encarregat respecte del responsable i estableixi l'objecte, la durada, la naturalesa i la finalitat del tractament, el tipus de dades personals i categories d'interessats, i les obligacions i els drets del responsable i, en particular les estipulacions previstes a l'article 28.3 RGPD.

A més del principi de licitud, per tal que aquest tractament sigui conforme a la normativa de protecció de dades, cal donar compliment a la resta del principis de l'RGPD, entre els quals el principi de transparència establert a l'article 5.1.a) del RGPD segons el qual les dades han de ser tractades de manera transparent en relació amb l'interessat i el principi de minimització, recollit a l'article 5.1.c), que estableix que les dades han de ser adequades, pertinents i limitades a allò que sigui necessari en relació amb les finalitats per a les quals són tractades.

D'acord amb el principi de transparència, i sens perjudici de la informació que ja s'hagi facilitat al treballador a l'inici de la relació laboral d'acord amb l'article 13 RGPD, caldria informar-lo de la base jurídica que empara aquest tractament, del fet que el tractament de les seves dades s'efectuarà per l'empresa seguint les instruccions de l'Ajuntament en base a un contracte d'encàrrec del tractament i de les possibles conseqüències de la seva negativa a sotmetre's a la revisió per personal mèdic.

Per altra banda, l'aplicació del principi de minimització obliga a ponderar quines de les dades del treballador són necessàries per a assolir la finalitat de direcció i control de l'activitat laboral que persegueix aquest tractament.

Cal tenir en consideració que per a assolir la finalitat de direcció i control laboral les dades de salut dels treballadors que ha de conèixer l'ajuntament s'han de limitar a aquelles que permetin conèixer si és apte o no per incorporar-se al seu lloc de treball i, si escau, la data probable d'incorporació.

En aquest sentit la STS 629/2021 de 15 de juny posa de manifest la necessitat de limitar les dades de salut del treballador a les quals pot accedir l'empresa, quan estableix:

> *"El art. 20.4 ET permite al empresario 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. Sin embargo, la negativa del trabajador a someterse a estos reconocimientos sólo produce el efecto de suspender los derechos*

económicos que pudieran existir a cargo del empresario. Y, aunque el artículo 20.4 ET no lo establezca expresamente, caben aplicar las cautelas que establece el artículo 22.4 LPRL respecto de los reconocimientos médicos en materia de prevención de riesgos laborales y, por tanto, considerar que la verificación del estado de salud se llevará a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y, sobre todo, que la información que se recabe esté sujeta a un elevado grado de confidencialidad para evitar que los datos puedan ser usados con fines discriminatorios, reservando su conocimiento al personal médico y a las autoridades sanitarias; por lo que el empresario y los órganos competentes sólo serán informados de las conclusiones en relación con la aptitud de los trabajadores."

VI

En la consulta es planteja si respecte al personal funcionari es podrien aplicar les previsions de l'article 20.4 de l'ET i, per tant, si seria possible fer el control de l'absentisme laboral sense el consentiment dels treballadors.

Com s'ha exposat en el fonament III d'aquest informe, per tal que el tractament de les dades de salut dels treballadors sigui lícit s'ha de donar alguna de les bases legítimes previstes a l'article 6.1 de l'RGPD a més d'alguna de les excepcions per al tractament de categories especials de dades contingudes a l'article 9.2 de l'RGPD.

Així mateix, com s'ha exposat respecte del personal laboral, el consentiment dels treballadors difícilment pot constituir una base legítima atesa la situació de desequilibri entre les parts. Tal com estableix l'RGPD el consentiment no podria entendre's vàlidament prestat si la negativa a donar-lo comportés al treballador algun tipus de conseqüència adversa o discriminatòria. És innegable que l'administració pública té una capacitat de control i de direcció de l'activitat laboral dels empleats públics i que una eventual manca de consentiment d'aquest a les actuacions de control poden comportar en el treballador conseqüències negatives.

Per tant, no sembla que l'ajuntament pugui fonamentar el tractament de les dades del personal funcionari per al tractament objecte de la consulta en el consentiment del personal funcionari ja que la situació de desequilibri en que es troba no faria possible que el consentiment es pugi considerar lliure.

Per altra banda, la normativa de funció pública amb rang de llei aplicable al personal funcionari no conté una previsió específica equivalent a l'establert a l'article 20.4 de l'ET que habiliti l'administració pública per al tractament de les dades dels funcionaris públics per a la realització de les revisions mèdiques amb finalitats de control de l'absentisme.

Així mateix, cal tenir en consideració que l'article 1.3. a) de l'ET exclou del seu àmbit d'aplicació : *"La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.".*

Els tractaments de dades necessaris per realitzar aquestes revisions no sembla que es puguin emparar en la legislació aplicable als funcionaris. Aquest tractament requereix d'una habilitació basada en una norma amb rang de llei o d'un conveni col·lectiu (o acord laboral equivalent en l'àmbit de la funció pública) que estableixi garanties adequades del respecte als drets fonamentals i els interessos dels empleats públics

En aquest sentit, sobre les exigències per al tractament de les dades de salut dels treballadors per part de l'empresari, resulta il·lustrativa la sentència Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de novembre de 1999 en la qual s'analitzava si una empresa podia tractar les dades de salut dels treballadors, en concret els diagnòstics mèdics dels comunicats de baixa, per al control de l'absentisme laboral. El tribunal va concloure que no existia una habilitació legal per al tractament de la dada relativa al diagnòstic:

> *"(...)Al respecto, interesa recordar que, en desarrollo de lo previsto en el art. 18.4 C.E., en la L.O.R.T.A.D. se enuncian, entre otros principios generales de la protección de datos, la congruencia y racionalidad de su utilización, «en cuya virtud ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se sol·licita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida (aps. 1 y 2 del art. 4)» (STC 94/1998, fundamento jurídico 4.o), así como su exactitud y puesta al día (art. 4.3). Esta regulación es sustancialmente coincidente con lo dispuesto en los arts. 5 y 7 del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ratificado por España mediante Instrumento de 27 de enero de 1984, y en los arts. 6 y ss. de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de las persones físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Pues bien, en este caso debemos afirmar que el expresado tratamiento informático —con vistas a su conservación— de los datos referidos a la salud de los trabajadores de que tenga conocimiento la empresa quiebra la al·ludida exigencia de nítida conexión entre la información personal que se recaba y el legítimo objetivo para el que fue solicitada.*
>
> *Consiguientemente, debemos concluir que el tratamiento y conservación del diagnóstico médico en la mencionada base de datos sin mediar consentimiento expresso del afectado incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales se contiene en el art. 53 C.E."*

Per tant, a manca d'una previsió específica en la normativa de funció pública o en un conveni col·lectiu que reguli expressament l'habilitació per a l'esmentat control i les conseqüències que es poden derivar de la negativa, no es pot aplicar per analogia la base jurídica derivada de l'article 20.4 ET en relació amb l'article 9.2.b) RGPD.

VII

Respecte de la segona de les qüestions plantejades en la consulta relativa a si l'empresa pot accedir a la informació de tots els treballadors municipals independentment de si han estat absents o no per a la realització d'estadístiques i per al posterior seguiment i gestió d'un possible absentisme, s'efectuen les consideracions següents.

Com s'ha exposat, l'ajuntament pot contractar els serveis d'una empresa per al control de l'absentisme del personal laboral i, entre les tasques que li pot encomanar pot figurar la realització d'estadístiques sobre l'absentisme dels treballadors i les seves causes. De fet, cal tenir en compte que existeixen determinades obligacions que recauen sobre l'empresari estretament lligades a la realització d'estadístiques, com les derivades de l'establert a l'article 64 de l'ET, que preveu que l'empresari ha de donar compte al comitè d'empresa de *"las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen"*) .

Per tant, si l'encàrrec de l'ajuntament a l'empresa inclou l'elaboració d'estadístiques sobre l'absentisme, l'empresa, en la seva qualitat d'encarregada del tractament, ha de poder accedir per al desenvolupament de les funcions que se li han encomanat, a la informació dels treballadors que sigui necessària per a realitzar-lo. En la mesura que les funcions encarregades són relatives a l'absentisme, haurà de poder accedir a les dades dels treballadors que s'hagin absentat del seu lloc de treball ja sigui per malaltia o per una altra circumstància i no respecte de tots els treballadors.

I si be és cert que determinades estadístiques poden haver de posar en relació els treballadors que han tingut l'absència amb la resta de treballadors, no sembla necessari que per a fer això s'hagi de disposar de dades de la resta de treballadors de manera que permeti identificar-los.

En conseqüència i en resposta a la segona de les qüestions plantejades per la DPD en la seva consulta, si les funcions de control de l'absentisme contractades per l'ajuntament inclouen la realització d'estadístiques sobre l'índex d'absentisme, pot resultar justificat i adequat al principi de minimització que l'empresa accedeixi a la informació dels treballadors públics dels quals es tingui constància d'una absència del lloc de treball i del motiu de l'absència que li permetin efectuar les corresponents estadístiques, però no d'informació que permeti identificar la resta del personal.

En el mateix sentit, per al seguiment i gestió d'un possible absentisme l'empresa no ha de tenir accés a la informació de tots els empleats municipals sinó únicament del personal que hagi tingut alguna absència.

VIII

Finalment la DPD pregunta com s'ha de procedir en el cas que un treballador demani la supressió de les seves dades i si aquest fet impediria que l'empresa contactés amb ell per realitzar la tasca de control de l'absentisme.

El dret de supressió està directament relacionat amb el principi recollit a l'article 5 de l'RGPD de limitació del termini de conservació, segons el qual "*los datos seran mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento*" (article 5.1.e) RGPD).

El dret de supressió es troba regulat a l'article 17.1 de l'RGPD. D'acord amb el previst en aquest article en els interessats tenen dret a obtenir del responsable del tractament, *"sin dilación indebida",* la supressió de les seves dades personals quan es doni alguna de les circumstàncies següents:

"a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;

c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no fprevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;"

Així doncs, l'interessat té dret a obtenir la supressió de les seves dades i el responsable del tractament l'obligació de suprimir-les quan es doni alguna de les circumstàncies enumerades, entre les quals als efectes que ens ocupen, un cop deixen de ser necessàries o pertinents per a la finalitat per a la qual es van recollir.

Per altra banda, el mateix article 17 de l'RGPD estableix excepcions al dret de supressió quan el tractament sigui necessari per:

"a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;

d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o

e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones."

Així, per exemple, l'RGPD exclou del dret de supressió i en conseqüència habilita la conservació de les dades personals en aquells supòsits en els quals les dades s'hagin de conservar per al compliment d'una obligació legal aplicable al responsable del tractament.

Per altra banda, en el cas que ens ocupa, en la mesura que el tractament de les dades d'absentisme s'ha encarregat a una empresa externa com a encarregada del tractament, cal tenir en consideració el que preveu, en relació amb l'encarregat del tractament, l'article 33.3 de l'LOPDGDD que prohibeix la destrucció de les dades quan existeixi una previsió legal que obligui a al seva conservació en quin cas hauran de ser retornats al responsable del tractament que haurà de garantir la seva conservació mentre duri l'obligació. I l'apartat 4 del mateix article 33 que preveu la possibilitat que l'encarregat del tractament conservi degudament bloquejades les dades en tant que es puguin derivar responsabilitats de la seva relació amb el responsable del tractament.

Pel que fa a les dades identificatives i de contacte de les persones treballadores que hagin tingut alguna absència, és evident que les dades necessàries per a l'execució de la relació laboral no poden esser suprimides mentre aquesta estigui vigent. Durant la vigència de la relació laboral l'ajuntament ha de conservar les dades dels treballadors necessàries per a l'execució del contracte i el compliment de la normativa laboral que resulti aplicable. Entre aquestes dades necessàriament han de constar les dades identificatives i de contacte que li permetrien contactar amb el treballador que ha tingut alguna absència.

Pel que fa a les dades estrictament vinculades a l'absència (control horari i les seves justificacions), caldria atendre als terminis legals de conservació d'aquesta informació. Així, per exemple, l'article 34.9 de l'ET, en la modificació introduïda pel Reial Decret Llei 8/2019, s'estableix un període de conservació dels registres horaris durant quatre anys preveient que romandran a disposició de les persones treballadores, els seus representants legals i de la Inspecció de Treball i Seguretat Social. Malgrat aquesta previsió expressa és aplicable només al personal laboral, per analogia podria ser aplicable també a les dades de control horari del personal funcionari, com a termini raonable en el qual la informació ha d'estar disponible amb les finalitats esmentades.

Això sens perjudici que, d'acord amb l'article 32 de la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD), el responsable del tractament està obligat a bloquejar les dades que suprimeixi.

Tal com estableix l'apartat 2 de l'article 32 esmentat, *"El bloqueo de los datos consiste en la identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas.Transcurrido ese plazo deberá procederse a la destrucción de los datos.".*

Per tant, l'ajuntament haurà de tenir en compte els terminis legals de conservació de la informació establerts per la normativa que resulti aplicable a cadascun dels tractaments, i així mateix, els terminis de prescripció de les responsabilitats derivades del tractament per bloquejar les dades personals abans de la seva eliminació definitiva.

Conclusions

Des del punt de vista de la normativa de protecció de dades la realització de revisions mèdiques per al control de l'absentisme laboral dels treballadors sotmesos a l'àmbit d'aplicació de l'ET, pel personal mèdic d'una empresa contractada per l'ajuntament tindria com a base jurídica l'article 20.4 de l'ET en relació amb els articles 6.1.b) i 9.2.b) de l'RGPD. Aquesta base jurídica no seria aplicable però al personal funcionari.

Per a la realització d'estadístiques i pel seguiment i la gestió de l'absentisme no resulta justificat que l'empresa accedeixi a informació de tots els empleats municipals sinó únicament d'aquells que hagin tingut alguna absència.

L'ajuntament ha de conservar mentre duri la relació laboral les dades dels treballadors necessàries per a l'execució del contracte i el compliment de la normativa laboral que resulti aplicable. Entre aquestes dades necessàriament han de constar les dades identificatives i de contacte que li permetrien contactar amb el treballador ens situacions d'absentisme. Pel que fa a les dades de control horari, i les seves justificacions, caldrà tenir en compte els termini de 4 anys establert per la normativa vigent, sens perjudici del deure de bloqueig de les dades que es suprimeixin, per atendre eventuals responsabilitats.

Barcelona, 23 de desembre de 2021