

CNS 53/2021

Dictamen en relación con la consulta formulada por la delegada de protección de datos de un ayuntamiento sobre el control del absentismo del personal laboral y funcionario por una empresa externa

Se presenta ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos una consulta formulada por la delegada de protección de datos de un ayuntamiento sobre el control del absentismo del personal laboral y funcionario, a través de una empresa contratada a tal efecto.

En su escrito la delegada de protección de datos parte de la premisa de que “a nivel del personal laboral la empresa, en este caso, el Ayuntamiento, puede realizar controles del absentismo sin necesidad de consentimiento por parte del trabajador, pues el arte. 20.4 Estatuto de los Trabajadores permite realizar este control del absentismo, al que el trabajador no se puede negar y no siendo necesario el consentimiento. Así también lo indica la guía de relaciones laboral de la AEPD que añade que sí habría que dar información detallada al trabajador sobre estos hechos y finalidades. Además, a raíz de la STS 2018 se permite que este control se pueda realizar por empresa externa que no sea entidad colaboradora de la Seguridad Social. Pero nada se indica respecto al personal funcionario, pues no está regulado en el EBEP”. Respecto a esta cuestión plantea si se aplicaría por analogía el artículo 20.4 del ET al personal funcionario y por tanto sería posible también realizar este control del absentismo sin el co

En segundo lugar, expone que la empresa pide, desde el inicio del contrato e, independientemente de que el trabajador esté enfermo o ausente o no, o nunca pueda llegar a estarlo, los datos de todos los trabajadores municipales (nombre y apellidos, teléfono, correo electrónico, cargo y servicio en el que trabaja), justificando su demanda en que esto les facilita el posterior seguimiento y gestión de un posible absentismo, y en que parte de la labor que se Al respecto plantea la siguiente duda: “En el caso de tener el consentimiento del trabajador, ¿se podrían dar sus datos a la empresa a pesar de que el trabajador nunca estuviera ausente?”

Por último plantea la duda sobre cómo debe proceder el ayuntamiento en caso de que un trabajador, laboral o funcionario, pida la supresión de sus datos ya que según indica este hecho impediría que la empresa contactara con él para realizar la tarea de control del absentismo. En concreto plantea si habría que suprimir los datos de este trabajador y, finalmente si sería diferente en caso de que se tratara de personal funcionario que de personal laboral.

Analizada la consulta que se acompaña de los dictámenes de la Autoridad CNS 21/2012 y CNS 58/2014, de la STS 62/2018, así como del contrato de encargo del tratamiento con la empresa encargada del control del absentismo , de acuerdo con el informe de la Asesoría Jurídica, emito el siguiente dictamen:

(...)

II

Con carácter previo es necesario poner de manifiesto que se desconoce cuáles son las actuaciones concretas para el control del absentismo de los empleados públicos que el ayuntamiento quiere implementar con la contratación de una empresa externa dado que en la consulta no se especifica cuáles son estas tareas, ni se adjunta el contrato de servicios o el pliego de cláusulas administrativas de aquél. Ahora bien, de acuerdo con el contenido del contrato de encargo del tratamiento que se adjunta puede deducirse que los servicios contratados tienen por objeto que la empresa externa lleve a cabo una revisión médica de los trabajadores para verificar su situación de baja laboral. Una vez efectuada la revisión, la empresa se compromete a comunicar al ayuntamiento los datos relativos a si el trabajador ha accedido a la revisión y revisiones periódicas, si se considera una baja justificada o no y la fecha de posible

Así, la cláusula primera del contrato de encargo del tratamiento se establece: “El Ayuntamiento (...) autoriza a (...) a tratar los datos mencionados por su cuenta al amparo de los servicios contratados y especificados en el contrato de adjudicación”.

En cuanto a la base jurídica del tratamiento, la cláusula segunda del contrato de encargo del tratamiento especifica:

“No será necesario el consentimiento de los empleados públicos, dado que la base jurídica para el tratamiento de datos para este fin queda amparado por el art. 20.4 ET y por el contrato de trabajo y/o las normas de privacidad firmadas (art. 6.1.b) Reglamento UE.)

En cualquier caso, (...) quedará obligada, con carácter previo al tratamiento que se haga de los datos facilitados, a informar al empleado público en relación a que se están verificando sus condiciones de aptitud por cuenta del Ayuntamiento mediante la encargada del tratamiento y que el tratamiento de datos está amparado por el art. 20.4 ET y la política de privacidad del Ayuntamiento, pues se trata de un control laboral.

(...) puede generar una base de datos, que contiene datos de salud considerados por el Reglamento (UE) 2016/679, artículo 9, categoría especial de datos. Respecto a estos datos, (...) será el Responsable del tratamiento, pues éstos en ningún caso serán facilitados al Ayuntamiento, que sólo conocerá sobre el carácter Apto/No apto del trabajador, es decir, la conclusión del reconocimiento médico, sin tener acceso a ningún dato de salud.

(...) comunicará al Ayuntamiento (...) exclusivamente los siguientes datos:

- Si el trabajador accede o no a la verificación de su situación de baja.
- Si el trabajador asiste o no a las citas de revisión.
- Si la baja del trabajador se considera o no justificada.
- La fecha de posible reincorporación al trabajo.

Estos datos son transferidos con la única y exclusiva finalidad de que el Ayuntamiento (...) pueda verificar las condiciones psicofísicas para la reincorporación al puesto de trabajo de los empleados en situación de baja laboral por contingencias comunes, quedando su tratamiento en el amparo de lo dispuesto en el artículo 6.1.a del Reglamento (UE) 2016/679, sin que la transferencia incluya datos de salud ni ningún otro dato personal considerado como categoría

III

Desde la perspectiva de la normativa de protección de datos es necesario partir de la base de que el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante, RGPD), de acuerdo con sus artículos 2 y 4.1 resulta de aplicación a los tratamientos que se lleven a cabo sobre los datos personales entendidos como cualquier información “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 número, 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”.(Artículo 4.1 RGPD).

De acuerdo con el artículo 4.15) del RGPD los datos relativos a la salud son “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelan información sobre su estado de salud;”. El considerante 35 del RGPD especifica que “entre las datos personales relativos a la salud se deben incluir todas las datos relativas 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 fecha asignado a una persona física que la identifique de modo unívoca a efectos sanitarios; 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.”

El artículo 4.2) del RGPD considera tratamiento 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”.

De acuerdo con estas definiciones ninguna duda plantea que el tratamiento de los datos de los trabajadores municipales para el control de las ausencias, ya sea directamente por el Ayuntamiento, ya sea mediante una empresa contratada a tal efecto, es un tratamiento de datos personales sometido en el RGPD y en el LOPDDDD. Además, el control del absentismo laboral por parte del Ayuntamiento, en caso de que éste sea como consecuencia de indisposición, enfermedad o accidente de la persona trabajadora, puede comportar el tratamiento de datos de salud de aquellos trabajadores , aunque el dato tratado sólo haga referencia a la causa de la situación de incapacidad o el referido a si el trabajador es apto o no para inco

El RGPD dispone que todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, leal y transparente en relación con el interesado (artículo 5.1.a) y, en este sentido, establece un sistema de legitimación del tratamiento de datos que se fundamenta en la necesidad de que concurra alguna de las bases jurídicas establecidas en su artículo 6.1. En concreto, en cuanto a los tratamientos efectuados por las administraciones públicas tienen especial relevancia los apartados c) y e) del artículo 6.1 del RGPD que disponen respectivamente, que el tratamiento será lícito si “es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”, y “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 caso que nos ocupa hay que tener en consideración también la base jurídica prevista en la letra b) de la artículo 6.1 RGPD cuando “el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado se parte o para la aplicación a pe

Tal y como se desprende del artículo 6.3 del RGPD y recoge expresamente el artículo 8 la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), el tratamiento de datos sólo podrá considerarse fundamentado en las bases jurídicas del artículo 6.1.c) y e) del RGPD cuando así lo establezca una nor

Como se ha expuesto, los datos objeto de tratamiento para el control del absentismo pueden ser datos de salud de los trabajadores. El RGPD prohíbe en su artículo 9.1 el tratamiento de categorías especiales de datos, como es el caso de los datos relativos a la salud, salvo si, además de una base jurídica prevista en el artículo 6.1 se da también alguna de las excepciones establecidas en el artículo 9.2 del RGPD, entre las que:

“(…) a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichas datos personales con una o más de las fines especificadas, 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, en base al 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. Las datos personales a que se refiere el apartado 1 podrán tratarse en 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.”

Es necesario analizar, pues si existe una base legítima del tratamiento objeto de la consulta.

IV

El control del absentismo laboral es una manifestación de las facultades de dirección y control de la actividad laboral que se reconoce al empleador respecto de los trabajadores, ya sea en el ámbito del derecho laboral regulado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), ya sea en el ámbito del personal funcionario, de acuerdo con lo establecido en el Real decreto legislativo 5 /2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público.(EBEP) y en

En la ejecución de las facultades de dirección y control de la actividad laboral, el empresario dispone de información sobre las situaciones de absentismo del personal dada su obligación, al amparo de la normativa laboral o administrativa, a comunicar en la empresa las ausencias del puesto de trabajo y el motivo de la ausencia. Ello, entendiéndose que los datos médicos de los que hay que informar a la empresa se limitan a la situación de incapacidad o indisposición sin que el trabajador esté obligado a informar, a tal fin, sobre la enfermedad concreta que padece.

Además, el régimen general de la seguridad social, en concreto el artículo 169 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece que las situaciones determinantes de la incapacidad temporal de los trabajadores son: las debidas a enfermedad común o profesional y accidente sea o no al trabajo, durante los períodos en que reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido por el trabajo con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días prorrogables y los períodos de observación por enfermedad profesional con baja. Y el artículo 7 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (RD 625 /2014), que los partes médicos de baja y alta y de los trabajadores como consecuencia de incapacidad laboral temporal, sean comunicados a la empresa. En concreto el artículo 7 establece:

“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 destinada 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 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 las partes de confirmación de la baja.

Dentro de las 24 horas siguientes a su expedición, el parto 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 forma inmediata, y, en todo caso, en el primero 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 parto 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 las presentan 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 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

(...)"

Esta información de los trabajadores (si el trabajador se ha ausentado de su puesto de trabajo y si el motivo de esa ausencia es un motivo de salud) puede ser utilizada por la empresa para controlar el absentismo, entre las cuales, por ejemplo la comunicación con el trabajador o la realización de estadísticas. Estas funciones podrían efectuarse directamente por el empresario o la administración pública directamente o a través de la contratación de estos servicios a una empresa que actuaría como encargada del tratamiento por cuenta del empresario.

Por tanto, en ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad laboral, los empresarios o las administraciones públicas tendrían una habilitación para el tratamiento de determinados datos de salud de los trabajadores en situación de incapacidad laboral temporal o de ausencia por indisposición de acuerdo con el artículo 6.1.b) y el artículo 9.2.b) del RGPD, en relación con

Ahora bien, en la consulta se plantea en concreto si pueden utilizarse los datos de los trabajadores para la realización de una revisión médica para verificar su situación de baja laboral.

V

En este punto procede analizar el régimen aplicable al personal laboral, en primer lugar, y posteriormente el régimen aplicable al personal funcionario, a fin de determinar cuál puede ser la base legítima de este tratamiento.

La letra a) del artículo 9.2 del RGPD establece que el consentimiento del interesado puede constituir una base legítima para el tratamiento de categorías especiales de datos en determinadas circunstancias.

De acuerdo con el RGPD el consentimiento del interesado es: "toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante declaración o clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;"(artículo 4.11 RGPD).

Para que el consentimiento sea una base legítima que fundamente el tratamiento de los datos personales debe consistir en una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca. El RGPD perfila en los considerantes 32, 42 y 43 cuáles son los requisitos que debe reunir el consentimiento para que se considere válido. Así el Considerante 42 del RGPD establece: “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 que están destinadas las 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 concreto en el caso de desequilibrio entre el interesado y el responsable del tratamiento el considerante 43 establece: “Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, éste no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por 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

El Consejo Europeo de Protección de Datos en las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, expone que “(...)También en el contexto del empleo se produzca 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 al 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 puesto 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 en base al consentimiento, ya que no es probable que éste 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. Sin embargo, 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 a

El consentimiento de los trabajadores no podría entenderse válidamente prestado en el contexto de una relación laboral si la negativa a darle le comportase algún tipo de consecuencia adversa o discriminatoria. Ciertamente en el ámbito del personal laboral, al que le resultaría de aplicación el ET, la negativa a permitir el control del absentismo por parte del trabajador puede comportar consecuencias negativas, como analizaremos a continuación, por la aplicación de artículo 20.4 del ET que prevé expresamente que para el caso de que

médica este hecho “podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.”

En consecuencia, no parece que el ayuntamiento pueda fundamentar en el consentimiento el tratamiento de los datos del personal laboral puesto que la situación de desequilibrio en la que se encuentran estos respecto de su empleador no haría posible que el consentimiento sea libre.

Ahora bien, tal y como establece el citado artículo 20.4 del ET:

“El empresario podrá verificar el estado de salud 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.”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras las STS 481/2018 y la más reciente STS 629/2021, concluyen que es válido el control médico por una empresa externa para verificar el estado de incapacidad declarada por el trabajador. Así la STS 481/2018 efectúa las siguientes consideraciones:

“(…) Como bien razona la sentencia de instancia, la potestad que este precepto estatutario atribuye al empleador no es sino una manifestación de las distintas facultadas de dirección y control de la actividad laboral que le corresponde como titular de la misma, conforme a las reglas generales del arte. 20 ET en cuyo ámbito se enmarca, sino que la norma disponga otras limitaciones diferentes a las que de ordinario se desprendan 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 salvaguardia 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 estas funciones a la Mutua, impidiéndole la posibilidad de utilizar los servicios de personal médico subcontratado a través de una tercera empresa. (Fundamento 4.2) (…) el art. 20.4 ET carece de cualquier connotación que pudiera 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 justificativo de las faltas de asistencia que el trabajador haya justificado en su estado de salud.

Es cierto que esta verificación del estado de salud del trabajador puede desplegar no sólo eventuales consecuencias disciplinarias, sino también económicas, en tanto que el arte. 20.4 ET admite que la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos médicos pudiera 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 la misma forma al tiempo a la prestación

Pero esta circunstancia indirecta no desnaturaliza la verdadera finalidad y objeto de la facultad empresarial que regula el art. 20.4 ET, que a su vez, en un aspecto gestionado del incapacitado temporal a lo que se refiere el art. 63 del Convenio Colectivo, para enmarcarse dentro de lo estrictamente referido al conjunto de facultades generales de dirección que incluye ese control sobre las faltas de asistencia que el trabajador justifique en su estado de salud.”(Fundamento 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 esta obligación de utilizar los servicios médicos de la Mutua, y es claro que la respuesta a esta cuestión debe 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. (Fundamento 4.4)”

Esta doctrina ha sido recogida, entre otras en las sentencias de la Audiencia Nacional (sala social) 20/2019, de 13 de febrero y 4/2020, de 20 de enero (confirmada en casación por la STS 629/2021 de 15 de junio), que concluyen que el artículo 20.4 del ET permite al empresario verificar el estado de salud alegado por los trabajadores para justificar las faltas de asistencia al trabajo, y en concreto, que esta verificación puede llevarse a cabo mediante reconocimientos a cargo de personal médico de una empresa contratista. Estas sentencias dictaminan que el artículo 20.4 del ET no impide a la empresa externalizar la actividad de control del absentismo laboral y que los reconocimientos médicos que el artículo 20.4 del ET prevé como medida de control de el absentismo laboral pueden ser realizados por personal médico de una empresa contratista. En definitiva, se concluye que es ajustado a derecho a que el empresario encargue a una empresa controlar y verificar el estado de salud de los trabajadores que se encuentran en situación de IT, pueden tratar a estos efectos los datos necesarios para ello.

Siendo así, parece clara la base jurídica para el tratamiento de los datos necesarios para ello. En concreto, la base jurídica de este tratamiento sería el artículo 6.1.b) del RGPD “el tratamiento se

necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado se parte o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales”, así como el artículo 9.2.b) del RGPD en relación con las facultades de dirección y control de la actividad laboral atribuidas por el artículo 20.4 del ET.

La disposición adicional 25 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece “En el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, este tendrá la consideración de encargado del tratamiento.” De acuerdo con este precepto, y en cuanto a los datos a los que tenga acceso que sean responsabilidad del Ayuntamiento, la empresa contratada por el Ayuntamiento tendrá la consideración de encargada del tratamiento de los datos de los trabajadores necesarios para a la realización de las labores de control del absentismo encomendadas por el ayuntamiento.

Este encargo debe formalizarse mediante un contrato de encargo del tratamiento que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable y, en particular las estipulaciones previstas en el artículo 28.3 RGPD.

Además del principio de licitud, para que este tratamiento sea conforme a la normativa de protección de datos, es necesario dar cumplimiento al resto de los principios del RGPD, entre ellos el principio de transparencia establecido en el artículo 5.1.a) del RGPD según el cual los datos deben ser tratados de forma transparente en relación con el interesado y el principio de minimización, recogido en el artículo 5.1.c), que establece que los datos deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo que sea necesario en relación con las finalidades para las que son tratadas.

De acuerdo con el principio de transparencia, y sin perjuicio de la información que ya se haya facilitado al trabajador al inicio de la relación laboral de acuerdo con el artículo 13 RGPD, habría que informarle de la base jurídica que ampara este tratamiento, de que el tratamiento de sus datos se efectuará por la empresa siguiendo las instrucciones del Ayuntamiento en base a un contrato de encargo del tratamiento y de las posibles consecuencias de su negativa a someterse a la revisión por personal médico.

Por otra parte, la aplicación del principio de minimización obliga a ponderar cuáles de los datos del trabajador son necesarios para alcanzar la finalidad de dirección y control de la actividad laboral que persigue este tratamiento.

Hay que tener en consideración que para alcanzar la finalidad de dirección y control laboral los datos de salud de los trabajadores que debe conocer el ayuntamiento deben limitarse a aquellos que permitan conocer si es apto o no para incorporarse a su puesto de trabajo y, en su caso, la fecha probable de incorporación.

En este sentido la STS 629/2021 de 15 de junio pone de manifiesto la necesidad de limitar los datos de salud del trabajador a los que puede acceder la empresa, cuando establece:

“El arte. 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 levantará a respetando siempre el derecho a la intimidad ya 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 las datos puedan ser usadas con fines discriminatorios, reservando su conocimiento al personal médico ya 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 se plantea si respecto al personal funcionario se podrían aplicar las previsiones del artículo 20.4 del ET y, por tanto, si sería posible realizar el control del absentismo laboral sin el consentimiento de los trabajadores.

Como se ha expuesto en el fundamento III de este informe, para que el tratamiento de los datos de salud de los trabajadores sea lícito debe darse alguna de las bases legítimas previstas en el artículo 6.1 del RGPD además de alguna de las excepciones para el tratamiento de categorías especiales de datos contenidas en el artículo 9.2 del RGPD.

Asimismo, como se ha expuesto respecto del personal laboral, el consentimiento de los trabajadores difícilmente puede constituir una legítima base dada la situación de desequilibrio entre las partes. Tal y como establece el RGPD el consentimiento no podría entenderse válidamente prestado si la negativa a darlo comportara al trabajador algún tipo de consecuencia adversa o discriminatoria. Es innegable que la administración pública tiene una capacidad de control y de dirección de la actividad laboral de los empleados públicos y que una eventual falta de consentimiento de éste en las actuaciones de control pueden comportar en el trabajador consecuen-

Por tanto, no parece que el ayuntamiento pueda fundamentar el tratamiento de los datos del personal funcionario para el tratamiento objeto de la consulta en el consentimiento del personal funcionario ya que la situación de desequilibrio en que se encuentra no haría posible que el consentimiento se suba considerar libre.

Por otra parte, la normativa de función pública con rango de ley aplicable al personal funcionario no contiene una previsión específica equivalente a lo establecido en el artículo 20.4 del ET que habilite a la administración pública para el tratamiento de los datos de los funcionarios públicos para la realización de las revisiones médicas con fines de control del absentismo.

Asimismo, debe tenerse en consideración que el artículo 1.3. a) del ET excluye de su ámbito de aplicación: “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.”.

Los tratamientos de datos necesarios para realizar estas revisiones no parecen ampararse en la legislación aplicable a los funcionarios. Este tratamiento requiere de una habilitación basada en una norma con rango de ley o de un convenio colectivo (o acuerdo laboral equivalente en el ámbito de la función pública) que establezca garantías adecuadas del respeto a los derechos fundamentales y los intereses de los empleados públicos

En este sentido, sobre las exigencias para el tratamiento de los datos de salud de los trabajadores por parte del empresario, resulta ilustrativa la sentencia Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de noviembre de 1999 en la que se analizaba si una empresa podía tratar los datos de salud de los trabajadores, en concreto los diagnósticos médicos de los partes de baja, para el control del absentismo laboral. El tribunal concluyó que no existía una habilitación legal para el tratamiento del dato relativo al diagnóstico:

“(…)Al respecto, interesa recordar que, en desarrollo de lo previsto en el art. 18.4 CE, en la LORTAD se enuncian, entre otros principios generales de la protección de datos, la congruencia y racionalidad de su utilización, «en cuya virtud debe mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de las 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 substancialmente 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 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 personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales ya la libre circulación de estas datos. Pues bien, en este caso debemos afirmar que el expresado tratamiento informático —en orden a su conservación— de las datos referidas a la salud de los trabajadores de que tenga conocimiento la empresa fallida la aludida exigencia de nítida conexión entre la información personal que se recaba y el legítimo objetivo para lo que fue solicitada.

Consecuentemente, debemos concluir que el tratamiento y conservación del diagnóstico médico en la mencionada base de datos sin mediar consentimiento expreso del afectado incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales se contiene en el art. 53 CE”

Por tanto, a falta de una previsión específica en la normativa de función pública o en un convenio colectivo que regule expresamente la habilitación para dicho control y las consecuencias que se pueden derivar de la negativa, no se puede aplicar por analogía la base jurídica derivada del artículo 20.4 ET en relación con el artículo 9.2.b) RGPD.

VII

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas en la consulta relativa a si la empresa puede acceder a la información de todos los trabajadores municipales independientemente de si han estado ausentes o no para la realización de estadísticas y para el posterior seguimiento y gestión de un posible absentismo, se efectúan las siguientes consideraciones.

Como se ha expuesto, el ayuntamiento puede contratar los servicios de una empresa para el control del absentismo del personal laboral y, entre las tareas que le puede encomendar puede figurar la realización de estadísticas sobre el absentismo de los trabajadores y sus causas. De hecho, hay que tener en cuenta que existen determinadas obligaciones que recaen sobre el empresario estrechamente ligadas a la realización de estadísticas, como las derivadas de lo establecido en el artículo 64 del ET, que prevé que el empresario ha de dar cuenta al comité de 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”).

Por tanto, si el encargo del ayuntamiento a la empresa incluye la elaboración de estadísticas sobre el absentismo, la empresa, en su calidad de encargada del tratamiento, debe poder acceder para el desarrollo de las funciones que se le han encomendado, a la información de los trabajadores que sea necesaria para realizarlo. En la medida en que las funciones encomendadas son relativas al absentismo, deberá poder acceder a los datos de los trabajadores que se hayan ausentado de su puesto de trabajo ya sea por enfermedad o por otra circunstancia y no respecto de todos los trabajadores.

Y si bien es cierto que determinadas estadísticas pueden tener que poner en relación a los trabajadores que han tenido la ausencia con el resto de trabajadores, no parece necesario que para ello se tenga que disponer de datos del resto de trabajadores de manera que permita identificarlos.

En consecuencia y en respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas por la DPD en su consulta, si las funciones de control del absentismo contratadas por el ayuntamiento incluyen la realización de estadísticas sobre el índice de absentismo, puede resultar justificado y adecuado al principio de minimización que la empresa acceda a la información de los trabajadores públicos de los que se tenga constancia de una ausencia del puesto de trabajo y del motivo de la ausencia que le permitan efectuar las correspondientes estadísticas, pero no de información que permita identificar al resto del personal.

En el mismo sentido, para el seguimiento y gestión de un posible absentismo, la empresa no debe tener acceso a la información de todos los empleados municipales sino únicamente del personal que haya tenido alguna ausencia.

VIII

Finalmente la DPD pregunta cómo debe procederse en caso de que un trabajador pida la supresión de sus datos y si este hecho impediría que la empresa contactara con él para realizar la tarea de control del absentismo.

El derecho de supresión está directamente relacionado con el principio recogido en el artículo 5 del RGPD de limitación del plazo de conservación, según el cual “las datos serán mantenidas de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento” (artículo 5.1.e) RGPD).

El derecho de supresión se encuentra regulado en el artículo 17.1 del RGPD. De acuerdo con lo previsto en este artículo en los interesados tienen derecho a obtener del responsable del tratamiento, “sin dilación indebida”, la supresión de sus datos personales cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) las 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 éste no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento conforme al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento conforme al artículo 21, apartado 2;
- d) las datos personales hayan sido tratadas ilícitamente;
- e) las 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;”

Así pues, el interesado tiene derecho a obtener la supresión de sus datos y el responsable del tratamiento la obligación de suprimirlos cuando se dé alguna de las circunstancias enumeradas, entre las cuales a los efectos que nos ocupan, una vez dejan de ser necesarias o pertinentes para la finalidad para la que se recogieron.

Por otra parte, el mismo artículo 17 del RGPD establece excepciones al derecho de supresión cuando el tratamiento sea necesario por:

- 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 sea de aplicación 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) 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.”

Así, por ejemplo, el RGPD excluye del derecho de supresión y en consecuencia habilita la conservación de los datos personales en aquellos supuestos en los que los datos deban conservarse para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.

Por otra parte, en el caso que nos ocupa, en la medida en que el tratamiento de los datos de absentismo se ha encargado a una empresa externa como encargada del tratamiento, es necesario tener en consideración lo que prevé, en relación con el encargado del tratamiento, el artículo 33.3 del LOPDGDD que prohíbe la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que obligue a su conservación en qué caso tendrán que ser devueltos al responsable del tratamiento que deberá garantizar su conservación mientras dure la obligación. Y el apartado 4 del mismo artículo 33 que prevé la posibilidad de que el encargado del tratamiento conserve debidamente bloqueados los datos en tanto puedan derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.

En cuanto a los datos identificativos y de contacto de las personas trabajadoras que hayan tenido alguna ausencia, es evidente que los datos necesarios para la ejecución de la relación laboral no pueden ser suprimidos mientras ésta esté vigente. Durante la vigencia de la relación laboral el ayuntamiento debe conservar los datos de los trabajadores necesarios para la ejecución del contrato y el cumplimiento de la normativa laboral que resulte aplicable. Entre estos datos necesariamente deben constar los datos identificativos y de contacto que le permitirían contactar con el trabajador que ha tenido alguna ausencia.

En cuanto a los datos estrictamente vinculados a la ausencia (control horario y sus justificaciones), debería atenderse a los plazos legales de conservación de esta información. Así, por ejemplo, el artículo 34.9 del ET, en la modificación introducida por el Real Decreto Ley 8/2019, se establece un período de conservación de los registros horarios durante cuatro años previendo que permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A pesar de esta previsión expresa es aplicable sólo al personal laboral, por analogía podría ser de aplicación también a los datos de control horario del personal funcionario, como plazo razonable en el que la información debe estar dispon

Esto sin perjuicio de que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), el responsable del tratamiento está obligado a bloquear los datos que suprima.

Tal y como establece el apartado 2 del artículo 32 mencionado, “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, salvo para la puesta en 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 sólo por el plazo de prescripción de las mismas. ese plazo deberá procederse a la destrucción de los datos.”.

Por tanto, el ayuntamiento deberá tener en cuenta los plazos legales de conservación de la información establecidos por la normativa que resulte aplicable a cada uno de los tratamientos, y asimismo, los plazos de prescripción de las responsabilidades derivadas del tratamiento para bloquear los datos personales antes de su eliminación definitiva.

Conclusiones

Desde el punto de vista de la normativa de protección de datos la realización de revisiones médicas para el control del absentismo laboral de los trabajadores sometidos al ámbito de aplicación del ET, por el personal médico de una empresa contratada por el ayuntamiento tendría como base jurídica el artículo 20.4 del ET en relación con los artículos 6.1.b) y 9.2.b) del RGPD. Esta base jurídica no sería aplicable al personal funcionario.

Para la realización de estadísticas y por el seguimiento y gestión del absentismo no resulta justificado que la empresa acceda a información de todos los empleados municipales sino únicamente de aquellos que hayan tenido alguna ausencia.

El ayuntamiento debe conservar mientras dure la relación laboral los datos de los trabajadores necesarios para la ejecución del contrato y el cumplimiento de la normativa laboral que resulte aplicable. Entre estos datos necesariamente deben constar los datos identificativos y de contacto que le permitirían contactar con el trabajador en situaciones de absentismo. En cuanto a los datos de control horario, y sus justificaciones, será necesario tener en cuenta el plazo de 4 años establecido por la normativa vigente, sin perjuicio del deber de bloqueo de los datos que se supriman, para atender eventuales responsabilidades.

Barcelona, 23 de diciembre de 2021