

En esta resolución se han ocultado las menciones a la entidad afectada para dar cumplimiento al art. 17.2 de la Ley 32/2010, dado que en caso de revelar el nombre de la entidad afectada, podrían identificarse también las personas físicas afectadas.

Identificación del expediente

Resolución de procedimiento sancionador núm. PS 53/2022, referente al Ayuntamiento de El (...).

Antecedentes

1. En fecha 28/12/2021, tuvo entrada en la Autoridad Catalana de Protección de Datos un escrito de una persona por el que formulaba una denuncia contra el Ayuntamiento del (...), con motivo de un presunto incumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales .

La persona denunciante exponía los siguientes hechos relevantes:

- 1.1. Que el pasado (...), como consecuencia de una incapacidad temporal, su médico le dio la baja médica y que ese mismo día, la envió por correo electrónico al Ayuntamiento en el que trabajaba.
- 1.2. Que a las 9:59 horas del día (...), recibió una llamada de una mujer que se identificó como enfermera de la empresa (...) y que al preguntar quién era la empresa (..) respecto de la que nunca había oído hablar, aquélla le dijo que se trataba de una ' *empresa del Ayuntamiento del (...)*' . Seguidamente, el denunciante le preguntó cómo el Ayuntamiento había obtenido su consentimiento para ceder sus datos sanitarios a (...) y aquélla le respondió que ' *esto es algo que debería hablar yo con el Ayuntamiento, cortando inmediatamente después de decir esto la llamada*' .
- 1.3. Que posteriormente tuvo conocimiento de que la empresa (...) es una empresa externa contratada por el Ayuntamiento.
- 1.4. Que a las 12:13 horas del día (...), recibió un *SMS certificado a nombre de SME AJ. (...)*' en el que constaban sus nombre, apellidos y DNI y se le citaba para ir a la empresa (...) el día 3/12/2021, a las 11:30 horas ' *con los informes médicos que dispones*' .
- 1.5. Que, a raíz de los anteriores hechos, envió un correo electrónico a la técnica de Prevención de Riesgos Laborales (el (...)) y otro al jefe de Recursos Humanos (el (...)) quejándose de que desconocía quién era la empresa (...) y que quería saber quién había dado su consentimiento para ceder sus datos personales y médicos. En respuesta, ambos trabajadores le informaron sobre dicha empresa y el servicio que venía prestando.
- 1.6. Que el día (...)a las 11:55 horas, volvió a recibir otra llamada telefónica, esta vez, de un hombre que se identificó como médico de (...), quien le recordó que tenía cita a las 11.30 horas.

Partiendo de los hechos expuestos, presentaba la denuncia por el hecho de que el Ayuntamiento había facilitado sus datos personales y sanitarios a una empresa externa ' *sin permiso ni consentimiento, ni conocimiento del compareciendo tanto a título individual o como representante sindical*'.

Junto con la denuncia, aportaba 3 imágenes de capturas de pantalla para acreditar las llamadas y el mensaje SMS recibidos por parte de la empresa (...), y los correos electrónicos (de (...) y (...)) cruzados con la técnica de Prevención de Riesgos Laborales y el jefe de Recursos Humanos.

2. La Autoridad abrió una fase de información previa (núm. IP 525/2021), de acuerdo con lo que prevé el artículo 7 del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad, y el artículo 55.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC), para determinar si los hechos eran susceptibles motivar la incoación de un procedimiento sancionador.

3. En esta fase de información, en fecha 5/05/2022 se requirió el Ayuntamiento denunciado para que informara sobre cuál era su relación jurídica con la empresa (...) e indicara si entre ambas partes existía un contrato o acto jurídico similar en el que se regulara el traspaso de datos del personal del Ayuntamiento a la empresa (...) y, en dicho caso, se aportara copia de dicho documento.

4. En fecha 9/05/2022, el Ayuntamiento del (...) respondió el requerimiento aportando la siguiente documentación:

- Resolución de adjudicación del expediente (...), en virtud de la que se adjudica el servicio de gestión, control y reducción del absentismo laboral del Ayuntamiento en la empresa (...), firmada por ambas partes, el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria.
- Documento consistente en ' *Anexo Protección de Datos, Cláusulas de confidencialidad y protección de datos*' firmado por ambas partes, el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria.

5. En fecha 19/05/2022, también en el seno de esta fase de información previa ya la vista de la documentación aportada, se consideró necesario disponer de más información con el fin de esclarecer las circunstancias de los hechos denunciados, por lo que el Área de Inspección de la Autoridad volvió a requerir al Ayuntamiento para que confirmara si disponía de un acuerdo laboral que lo habilitara para el tratamiento de datos personales con el fin de llevar a cabo un control de absentismo laboral y que, en tal caso, aportara copia.

6. En fecha 30/06/2022, el Ayuntamiento cumplió este requerimiento por medio de un escrito del que cabe destacar:

- La existencia de un ' *Acuerdo de condiciones de trabajo (...)* ', del que conviene resaltar el apartado preliminar a efectos de determinar su objeto y las partes que lo suscriben: ' *El presente Acuerdo, regulador de las (...) del (...) ha sido negociado por los/las representantes del Ayuntamiento y por los sindicatos (...), en (...)*'.

- Este acuerdo incluía como anexo 1, la ' *Circular de (...), aprobada por Decreto (...)* ' la que tiene por objeto '(...) '. Asimismo, su disposición adicional prevé: ' (...) '.
- Además, puntualiza que *el Ayuntamiento sólo le facilita [a la empresa que presta el servicio] el nombre y apellidos del personal municipal, el puesto de trabajo y los datos de contacto para poder realizar el seguimiento que refiere la Disposición adicional. En ningún caso se facilitan datos médicos del personal, ni recibe de la empresa ningún dato del estado de salud del personal ni de los motivos de su baja. Únicamente la empresa facilita información de la duración posible de la baja médica.* Y justifica la importancia de esta información para poder prever posibles sustituciones de personal para cubrir la duración del tiempo de baja y dar la óptima atención a la ciudadanía.
- Por último, confirma ' *Por tanto, existe acuerdo laboral en el marco del Acuerdo de condiciones de Trabajo vigente del Ayuntamiento del (...) que habilita el control y seguimiento de las bajas médicas.* '

7. En fecha 6/07/2022, la Directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos dictó una resolución por la que archivaba las actuaciones de información previa núm. 525/2021, en la medida en que el tratamiento de los datos de salud del personal funcionario del Ayuntamiento por parte de la empresa (...) -empresa adjudicataria de un contrato para la gestión, control y reducción del absentismo laboral- se hizo en el marco de un contrato de encargo del tratamiento entre dicha empresa y el Ayuntamiento. En la misma resolución se indicaba que el tratamiento de los datos de salud del personal funcionario con el fin de controlar el absentismo laboral se hallaba habilitado por los artículos 6.1.c) y 9.2.b) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales ya la libre circulación de éstas (en adelante, RGPD), en base a la firma, entre los sindicatos y el Ayuntamiento, del *Acuerdo de condiciones de trabajo (...)* , y la circular de (...) (incorporada como Anexo 1).

Esta resolución de archivo fue notificada el 7/07/2022 al delegado de protección de datos del Ayuntamiento del (...), ya la persona denunciante en la misma fecha.

8. En fecha 21/07/2022, la persona denunciante interpuso recurso de reposición contra la resolución de archivo de 6/07/2022, en el que ponía en conocimiento de la Autoridad que el Acuerdo de condiciones de trabajo (...) que el Ayuntamiento invocaba como título habilitante del tratamiento de datos denunciado, nunca había sido publicado en ningún boletín oficial.

9. En fecha 22/07/2022 se dio traslado de este recurso al delegado de protección de datos del Ayuntamiento del (...) para que, en el plazo de diez días formulara las alegaciones que considerara pertinentes.

10. En fecha 27/07/2022, el Ayuntamiento presentó un escrito de alegaciones.

11. En fecha 31/08/2022, la Directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos dictó una resolución por la que estimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de archivo de 6/07/2022, notificada al Ayuntamiento en fecha 2/09/2022, dejando sin efecto el archivo del expediente IP 525/2021 y acordando proseguir con la información previa y, en su caso, iniciar procedimiento sancionador. En aquella resolución se concluyó que el Acuerdo de condiciones de trabajo (...) y la circular de (...) (incorporada como Anexo 1), si

bien estuviera dotado de validez y eficacia para las partes firmantes de aquel acuerdo, no se podía considerar un instrumento apto a efectos de cumplir con la exigencia del artículo 9.2.b) RGPD, al carecer del requisito formal de su publicación, sin el cual no disponía de valor normativo y " *erga omnes* ".

12. De acuerdo con los antecedentes que se han relacionado hasta aquí y con la resolución estimatoria del recurso de reposición, en fecha 15/09/2022, la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos acordó iniciar un procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento del (...) por una presunta infracción prevista en el artículo 83. 5.a), en relación con el artículo 6.1 y 9.2; todos ellos del RGPD.

13. En fecha 12/01/2023, la persona instructora de este procedimiento formuló una propuesta de resolución, por la que proponía que la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos amonestara al Ayuntamiento del (...) como responsable de una infracción prevista en el artículo 83.5.a) en relación con el artículo 6.1 y 9.2, ambos del RGPD.

Esta propuesta de resolución se notificó en la misma fecha, 12/01/2023, y se concedía un plazo de 10 días para formular alegaciones.

14. En fecha 25/01/2023 el delegado de protección de datos del Ayuntamiento ha presentado un escrito en el que no se formulan alegaciones a la propuesta. Al contrario, se limitan a aportar un escrito suscrito por el administrador de la empresa (...) (también de fecha 25/01/2023) en el que, por lo que aquí interesa, declara *que "(...) a petición expresa del Ayuntamiento del (...), dejamos de prestar este servicio [gestión, control y reducción del absentismo laboral del personal del Ayuntamiento del (...)] cuando se trate de personal funcionario y sólo se ejecutará en los casos de personal en régimen laboral."*

Hechos probados

El Ayuntamiento del (...) ha tratado datos personales de categoría especial de la persona denunciante (en concreto, datos de salud), funcionario de carrera de dicho Ayuntamiento, con el fin de llevar a cabo un control de absentismo laboral, sin que concurra ninguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD.

En este sentido, y en lo que se refiere concretamente a la excepción prevista en el artículo 9.2.b) del RGPD, el Acuerdo de condiciones de trabajo (...) y la circular de (...) (incorporada como Anexo 1), no sería un instrumento apto a efectos de cumplir con la exigencia de dicho precepto, ya que carecería del requisito formal de su publicación, sin el cual no dispone de valor normativo y *erga omnes* ".

Fundamentos de derecho

1. Son de aplicación a este procedimiento lo que prevén la LPAC , y el artículo 15 del Decreto 278/1993, según lo que prevé la DT 2a de la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de Autoridad Catalana de Protección de Datos. De conformidad con los artículos 5 y 8 de la Ley 32/2010, la resolución del procedimiento sancionador corresponde a la directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos.

2. La entidad imputada, tal y como se ha avanzado en el antecedente 14º, no ha formulado alegaciones a la propuesta de resolución, limitándose a aportar un documento, emitido por (...), en el que la dicha empresa manifiesta que, siguiendo las instrucciones del Ayuntamiento, deja de prestar el servicio de gestión, control y reducción del absentismo laboral en relación al personal funcionario del Ayuntamiento; lo que será objeto de análisis en el fundamento de derecho 4º cuando se analice la conveniencia de requerir medidas correctoras.

Pese a que la entidad no ha presentado alegaciones ante la propuesta de resolución, sí que lo hizo en el acuerdo de iniciación, por lo que se considera oportuno reiterar a continuación lo más relevante de la respuesta motivada de la persona instructora en estas alegaciones.

El Ayuntamiento alegaba, en síntesis, que *el Acuerdo de condiciones de trabajo (...)*, en base al que fundamentaba la legitimidad del tratamiento, se negoció con la representación sindical del Ayuntamiento y se va aprobar por el Pleno del Ayuntamiento; y que este acuerdo se venía aplicando desde su aprobación pese a la falta de publicación. Consideraba que la publicación del acuerdo no es un acto constitutivo sino declarativo, y aducía que *“ la falta de publicación del acuerdo no significa la pérdida de eficacia, dado que no es requisito esencial para su validez, pues artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores mencionado por la parte recurrente sólo sanciona con la nulidad los convenios que no se hayan formalizado por escrito, de modo que existiendo forma escrita la falta de registro y publicación no priva el Acuerdo de los efectos jurídicos surgidos de la actividad negociadora de las partes interesadas entre las que mantiene eficacia ”*.

Asimismo, puntualizaba que el tratamiento controvertido se negoció y, posteriormente, ratificó por el Pleno del Ayuntamiento, y que, por tanto, se había dado cumplimiento al artículo 38.3 del Real Decreto 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (en adelante, TRLEBEP). En base a ello, consideraba que dicho acuerdo tenía plena validez y eficacia a pesar de la falta de publicación en el boletín oficial e invocaba los artículos 6.1.f) y 9.2.h) del RGPD como base legitimadora del tratamiento de los datos de salud del personal funcionario con el fin de controlar el absentismo laboral.

Pues bien, en relación con la base jurídica invocada por el Ayuntamiento referida a la existencia de un interés legítimo (6.1.f del RGPD), lo primero que hay que decir es que, tal y como puso de manifiesto la instructora a la propuesta de resolución, no es de aplicación en caso de que nos ocupa en tanto que, de acuerdo con el señalado precepto *“ Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones ”*. Dicho esto, debe observarse que en el presente caso, la base jurídica habilitante que resultaría de aplicación sería la prevista en el artículo 6.1.c) RGPD. En efecto, el tratamiento de datos llevado a cabo por el Ayuntamiento se ha efectuado dentro del marco de sus funciones, tal y como refiere el propio acuerdo aportado (Anexo 1), literal: *'s er un instrumento que contribuya a garantizar el cumplimiento de la jornada de trabajo por parte del personal al servicio del ayuntamiento (...)'*.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que para el tratamiento de datos de categoría especial, como es el caso de los datos de salud, en primer término es necesario contar con la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en el artículo 9.2 RGPD. El artículo 9.2.h) del RGPD, invocado por el Ayuntamiento, prevé como excepción que *“ 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". Al respecto, la entidad imputada no adujo en su escrito de alegaciones al acuerdo de iniciación ninguna norma con rango de ley que legitime dicho tratamiento, ni tampoco refirió cuál de los supuestos previstos de la letra h) consideraba de aplicación. Y es que, tal y como evidenció la instructora, no hay ningún supuesto en el citado precepto en el que se pueda incluir la finalidad de seguimiento del absentismo laboral de las personas trabajadoras.

Por otra parte, cabe recordar que, tal y como se recogió en la resolución estimatoria del recurso de reposición, tampoco le era de aplicación al tratamiento controvertido la excepción prevista en la letra b) del artículo 9.2 RGPD. Este precepto legitima el tratamiento de datos de categoría especial cuando éste sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones del responsable de tratamiento y *" en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo conforme a Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado"*. Es decir, para llevar a cabo el tratamiento se requiere que una norma con rango de ley o un convenio colectivo (o acuerdo laboral equivalente en el ámbito de la función pública) lo prevea y esto para dar cumplimiento del artículo 53 CE, en la medida en que comporta la limitación de un derecho fundamental, tal y como ha reconocido la jurisprudencia constitucional recogida en el Dictamen 17/2020 de esta Autoridad (SSTC 292/2000, SSTC 76/2019, STJUE 08.04.2014 , *Digital Rights (Ireland* , entre otros).

En este sentido, en el ámbito del personal laboral, la previsión del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores habilita al responsable del tratamiento para tratar datos personales con el fin de verificar el estado de salud del personal laboral. Literal: *" El empresario puede verificar el estado de salud del trabajador que le alegue para justificar las faltas de asistencia al trabajo, mediante un reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a estos reconocimientos puede determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por estas situaciones"*. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, en que la persona denunciante tiene la condición de funcionaria de carrera, es necesario acudir a la normativa de función pública, en la que actualmente no existe una disposición con rango de ley que habilite el tratamiento de datos de salud de las personas funcionarias (sean de carrera o interinas) por la finalidad de seguimiento del absentismo laboral.

Ante la falta de previsión normativa, el Ayuntamiento debía contar con *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"* que contemplara el tratamiento controvertido . En efecto, debía de contar con un acuerdo laboral que estableciera todas las garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses de los interesados, extremo éste que no se da en el presente caso. Tal y como apuntaba la resolución de 31/08/2022 de esta Autoridad que resolvía el recurso de reposición contra la resolución de archivo de las actuaciones de información previa núm. 525/2021, la falta de publicación del Acuerdo - prevista en el artículo 38.6 TRLEBEP - comporta que éste tenga la consideración de convenio extraestatutario, y que no disponga de valor normativo y efectos *erga omnes* ", por lo que no se puede considerar un instrumento apto a efectos de cumplir con la exigencia del artículo 9.2.b) del RGPD.

De acuerdo con lo expuesto, las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento en el seno de este procedimiento, no pueden prosperar.

3. En relación con el hecho descrito en el apartado de hechos probados, relativo al principio de licitud del tratamiento, es necesario acudir al artículo 5.1.a) RGPD, que prevé que “ Las datos personales serán: a) tratados de forma *lícita, leal y transparente en relación con el interesado (<licitud, lealtad y transparencia>>)* ” en relación con el artículo 6.1 y 9.2, también del RGPD.

Durante la tramitación de este procedimiento se ha acreditado debidamente el hecho descrito en el apartado de hechos probados, que considera que el tratamiento de los datos de salud del personal funcionario con finalidad de control de absentismo laboral, no tiene encaje en ningún de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD, y en particular, en la que contempla la letra b), que habilita el tratamiento cuando este “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 o de los Estados miembros o un convenio colectivo conforme al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado*”

Este hecho probado se considera constitutivo de la infracción prevista en el artículo 83.5.a) el RGPD, que tipifica la vulneración de los *principios básicos del tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9*”, entre los que se incluye el principio de licitud.

La conducta que aquí se aborda se ha recogido como infracción muy grave en el artículo 72.1.e) de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), en la siguiente forma: “*El tratamiento de datos personales de las categorías a que se refiere el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679, sin que concorra alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto y en el artículo 9 de esta ley orgánica.*”

4. El artículo 77.2 LOPDGDD dispone que, en el caso de infracciones cometidas por los responsables o encargados enumerados en el art. 77.1 LOPDGDD, la autoridad de protección de datos competente:

“(…) debe dictar una resolución que las sancione con una amonestación. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se haya cometido.

La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, a cuyo órgano dependa jerárquicamente, en su caso, ya los afectados que tengan la condición de interesado, en su caso.”

En términos similares a la LOPDDDD, el artículo 21.2 de la Ley 32/2010, determina lo siguiente:

“2. En el caso de infracciones cometidas con relación a ficheros de titularidad pública, el director o directora de la Autoridad Catalana de Protección de

Datos debe dictar una resolución que declare la infracción y establezca las medidas a adoptar para corregir sus efectos . (...)”.

Como se ha avanzado, en el marco de este procedimiento sancionador el Ayuntamiento ha presentado un documento en el que (...) manifiesta que, siguiendo las instrucciones del Ayuntamiento, dejan de prestar el servicio de gestión, control y reducción del absentismo laboral en relación con el personal funcionario del Ayuntamiento. Esta actuación se ajustaría a la medida propuesta por la instructora en la propuesta de resolución, y con la que el Ayuntamiento adecuaría los tratamientos de datos vinculados con el control de absentismo laboral a la normativa de protección de datos. Por ello, no resulta necesario requerir en esta resolución la adopción de ninguna medida correctora.

Por todo esto, resuelvo:

1. Amonestar al Ayuntamiento del (...) como responsable de una infracción prevista en el artículo 83.5.a) en relación con el artículo 6.1 y 9.2, ambos del RGPD.

No es necesario requerir medidas correctoras para corregir los efectos de la infracción, de conformidad con lo expuesto en el fundamento de derecho 4.

2. Notificar esta resolución al Ayuntamiento del (...)

3. Comunicar la resolución al Síndic de Greuges, de conformidad con lo que prevé el artículo 77.5 del LOPDDDD.

4. Ordenar que se publique esta resolución en la web de la Autoridad (apdcat.gencat.cat) , de conformidad con el artículo 17 de la Ley 32/2010, de 1 de octubre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa de acuerdo con los artículos 26.2 de la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoritat Catalana de Protecció de Dades, y 14.3 del Decreto 48/2003 , de 20 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Catalana de Protecció de Dades, la entidad imputada puede interponer, con carácter potestativo, un recurso de reposición ante la directora de la Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente de su notificación, de acuerdo con lo que prevén el artículo 123 y siguientes de la LPAC. También puede interponer directamente un recurso contencioso administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de su notificación, de acuerdo con los artículos 8, 14 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si la entidad imputada manifiesta a la Autoridad su intención de interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución firme en vía administrativa, la resolución se suspenderá cautelarmente en los términos previstos en el artículo 90.3 de la LPAC.

Igualmente, la entidad imputada podrá interponer cualquier otro recurso que estime conveniente para defender sus intereses.

La directora,