



DICTAMEN SOBRE LA CONSULTA RELATIVA A LA OBLIGACIÓN, IMPUESTA AL PERSONAL AL SERVICIO DEL DEPARTAMENTO XXXXX DEL GOBIERNO VASCO, DE APORTAR DATOS DE SALUD PARA PODER COBRAR ÍNTEGRAS SUS RETRIBUCIONES EN CASO DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Se somete a la Agencia Vasca de Protección de Datos consulta sobre la cuestión citada en el encabezamiento.

SEGUNDO: En el escrito remitido se expone, entre otras cosas, lo siguiente:

“...La normativa de licencias y permisos del Departamento XXXXX del Gobierno Vasco contempla reducciones en nómina para incapacidades temporales, excluyendo entre otros los casos de intervención quirúrgica, hospitalización o parto.

Últimamente ha procedido a descuento en nómina de compañeros que habían acudido a centros médicos para intervención quirúrgica, aduciendo que era requisito para evitar dicho descuento aportar el informe médico de la intervención y no siendo suficiente con el justificante del centro hospitalario a tal efecto...”

TERCERO: El artículo 17.1 de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, en su apartado n) atribuye a la Agencia Vasca de Protección de Datos la siguiente función:

“Atender a las consultas que en materia de protección de datos de carácter personal le formulen las administraciones públicas, instituciones y corporaciones a que se refiere el artículo 2.1 de esta Ley, así como otras personas físicas o jurídicas, en relación con los tratamientos de datos de carácter personal incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley.”

Corresponde a esta Agencia Vasca de Protección de Datos, en virtud de la normativa más arriba citada, la emisión del informe en respuesta a la consulta formulada.

CONSIDERACIONES

I

Se somete al criterio de la Agencia Vasca de Protección de Datos la cuestión relativa a la acomodación al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de la exigencia de presentación de un informe médico de la intervención quirúrgica que se ha



realizado junto con el justificante del centro hospitalario en el que se constata dicha intervención, para poder evitar la reducción en las retribuciones por incapacidad temporal.

La puesta en conocimiento de la información a que hace referencia la consulta es un tratamiento de datos que puede ser calificado como de cesión o comunicación de datos, de acuerdo con el artículo 3 i) de la LOPD que define la cesión o comunicación como una

“Revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

El régimen jurídico de las comunicaciones de datos de carácter personal se contiene, con carácter general, en los artículos 11 y 21 LOPD. Sin embargo, el tratamiento de los datos de salud, está sometido a un régimen de protección mucho más estricto por la LOPD, que resulta obligado examinar para resolver la consulta formulada a esta Institución.

II

Los “datos de salud”, “datos relativos a la salud” o “datos de carácter personal relacionados con la salud” son definidos en el artículo 5.1 g) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD como “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo.”

Estos datos son objeto de especial protección desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, dado que un tratamiento inadecuado de esos datos podría causar graves perjuicios a su titular.

La especial protección conferida a los datos de salud por las normas internacionales y comunitarias tienen reflejo en la LOPD que establece un régimen jurídico específico contenido básicamente en el apartado 3 del artículo 7, artículo dedicado a los “datos especialmente protegidos” merecedores del más alto nivel de protección por afectar a los aspectos más íntimos de la personalidad, situándose en un plano en el que confluyen dos derechos fundamentales: el de intimidad y de protección de datos de carácter personal.

De acuerdo con tal apartado:

“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.

Dada la incidencia especial de los datos de salud, como datos sensibles, en la esfera íntima del afectado, la LOPD ha establecido una regulación específica y más rigurosa que la establecida con carácter general, tanto en lo referente a los supuestos en que será posible el tratamiento de los datos como en lo que atañe a las medidas que habrán de adoptarse para garantizar la seguridad en el tratamiento de los datos, así como el cumplimiento de deberes de confidencialidad y sigilo que deben regir en el mencionado tratamiento, de tal manera que la necesidad de obtener el consentimiento expreso de los titulares de tales datos constituye la regla general para el tratamiento de los mismos.

No obstante, el mismo artículo 7.3 contempla la posibilidad de que dicho tratamiento pueda llevarse a cabo en los supuestos en los que una ley así lo disponga, debiendo quedar dicha habilitación fundada en la existencia de razones de interés general.



Así, el artículo 7.6 de dicha Ley Orgánica, establece:

“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado está física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

Tal precepto ha sido objeto de interpretación por la jurisprudencia y así la Audiencia Nacional, en Sentencia de 31 de mayo de 2002 ha indicado que la excepción prevista en el artículo 7.6 habrá de ser interpretada restrictivamente, considerando que será preciso atender en cada caso concreto a que el tratamiento se dirija efectivamente a la prevención y el diagnóstico. En este sentido, un tratamiento para un fin distinto (en el caso analizado, la gestión de las incapacidades temporales), en que estas finalidad pueda ser considerada “secundaria”, no se encontraría amparado por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

Por otra parte, en el marco de la asistencia sanitaria, añade el artículo 8 que:

“Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”.

En este mismo sentido, recuerda el artículo 10.5 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 que:

“No será necesario el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales sobre la salud, incluso a través de medios electrónicos, entre organismos, centros y servicios del Sistema Nacional de Salud cuando se realice para la atención sanitaria de las personas, conforme a lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud”.

Por último, el artículo 11.2 f) de la Ley Orgánica establece la licitud de la cesión de determinados datos relacionados con la salud si la misma es “Necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”.

De cuanto se lleva dicho, cabe concluir a juicio de esta Agencia que el artículo 7.3 de la LOPD establece un régimen específico para los datos de salud, de modo que su tratamiento o comunicación podrá llevarse a cabo sin consentimiento del afectado sólo en caso de que una Ley así lo prevea, debiendo quedar esta habilitación fundada en la existencia de razones de interés general.



En consecuencia, la Ley Orgánica 15/1999 viene a establecer una lista tasada de casos en que será posible el tratamiento de los datos relacionados con la salud, quedando el mismo limitado a los supuestos en que:

- El interesado haya prestado su consentimiento expreso para ello.
- Una norma con rango de Ley así lo prevea, por razones de interés público.
- El tratamiento sea necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, con las restricciones previstas en el artículo 7.6 de la Ley Orgánica, que deberá además ser objeto de una interpretación restrictiva, en los términos ya señalados.
- El tratamiento sea necesario para atender una urgencia vital del afectado.
- El tratamiento se lleve a cabo en el ámbito de la asistencia sanitaria respecto de los pacientes que acudan a los centros sanitarios, en los términos previstos en la legislación sectorial que resulte de aplicación.
- La comunicación de los datos sea precisa para solucionar una urgencia o para realizar los estudios epidemiológicos.

III

Una vez expuesto el régimen jurídico aplicable para el tratamiento de los datos de salud de las personas, entraremos a analizar el caso que nos ocupa. En el presente supuesto, el subsidio económico por incapacidad, la prestación en sí y su gestión se regulan en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril.

De la Ley General de la Seguridad Social debemos destacar que dentro del Título II Régimen General, concretamente en el Capítulo IV, se regula la incapacidad temporal, art. 128 a 133 ambos incluidos, pudiendo destacarse además lo dispuesto en la Disposición Adicional cuadragésima:

“Remisión de datos médicos necesarios para el reconocimiento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

En los procedimientos de declaración de la incapacidad permanente, a efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, así como en lo que respecta al reconocimiento o mantenimiento del percibo de las prestaciones por incapacidad temporal, orfandad o asignaciones familiares por hijo a cargo, se entenderá otorgado el consentimiento del interesado o de su representante legal, a efectos de la remisión, por parte de las instituciones sanitarias de los informes, documentación clínica, y demás datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento, salvo que conste oposición expresa y por escrito de aquéllos.



Las entidades gestoras de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de las prestaciones, podrán solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Asimismo, las entidades gestoras y las entidades colaboradoras de la Seguridad Social podrán facilitarse, recíprocamente, los datos relativos a las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La inspección médica de los servicios públicos de salud podrá solicitar la remisión de los datos médicos, necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las entidades gestoras de la Seguridad Social.”

Como podemos apreciar en la normativa citada, la norma sectorial contempla la remisión de los datos médicos a la Seguridad Social, en ningún caso al empleador. En cuanto al Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos relativos a la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, se establece lo siguiente en su artículo 1:

“La declaración de baja médica, e efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, se formulará en el correspondiente parte médico de baja expedido por el médico del Servicio Público de Salud que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado. El parte médico de baja es el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes a la declaración o denegación del derecho al subsidio.”

Los artículos 3 y 4 del Real Decreto establecen el régimen de la comprobación y el control de la incapacidad temporal:

“Artículo 3. Actos de comprobación de la incapacidad temporal.

1. Los actos de comprobación de la incapacidad que lleven a cabo los médicos del respectivo Servicio Público de Salud, de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social deberán basarse tanto en los datos que fundamenten el parte médico de baja, y de los partes de confirmación de la baja, como en los derivados específicamente de los ulteriores reconocimientos y dictámenes realizados por unos y otros médicos.

2. Con el fin de que las actuaciones médicas a las que se refiere este artículo cuenten con el mayor respaldo técnico, se pondrá a disposición de los médicos a los que competan dichas actuaciones tablas de duraciones medias, tipificadas para los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de dichos procesos en las diversas actividades laborales.

3. Los datos derivados de las actuaciones médicas a que se refiere este artículo tendrán carácter confidencial, estando sujetos quienes los consulten al deber de secreto profesional. Dichos datos no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, ni para otras finalidades distintas del control de los procesos de incapacidad temporal.



4. Para garantizar el derecho a la intimidad de los trabajadores afectados, los datos reservados podrán cifrarse mediante claves codificadas. En todo caso, dichos datos quedarán protegidos según lo dispuesto en la [Ley 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal](#).

Artículo 4. Seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal.

1. Las Entidades Gestoras o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según corresponda, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de incapacidad temporal objeto de cobertura, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que corresponda a aquéllas asumir la gestión del gasto de la prestación económica por incapacidad temporal, sin perjuicio de sus facultades en materia de declaración, suspensión, anulación o extinción del derecho, y de las competencias que corresponden a los Servicios Públicos de Salud en orden al control sanitario de las altas y las bajas médicas.

2. Los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud, los médicos adscritos a las Entidades Gestoras, así como los de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, están facultados para acceder a los informes y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar las respectivas funciones encomendadas. Los datos referentes al Estado sanitario del trabajador tendrán la consideración de confidenciales, siéndoles de aplicación lo previsto en los apartados 3 y 4 del [artículo 3](#).”

De la lectura tanto de la Ley General de la Seguridad Social, como del Real Decreto citado, se deduce que son los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud, así como los médicos adscritos a las Entidades Gestoras y Mutuas los facultados para el acceso a informes y diagnósticos relativos a situaciones de incapacidad, careciendo a nuestro juicio de fundamento legal la exigencia de este tipo de datos por parte del empleador.

III

El Decreto 3/2014, de 28 de enero, para la aprobación de las retribuciones y mejoras voluntarias en situaciones de incapacidad temporal y durante el disfrute de determinados permisos, para el personal empleado público al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su artículo 4 señala:

“Artículo 4.- Supuestos excepcionales de percepción del cien por cien (100%) de las retribuciones por el personal empleado público al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

El personal incluido en el ámbito de aplicación de este Decreto percibirá el cien por cien (100%) de las retribuciones o un complemento hasta dicho cien por cien (100%), en los siguientes supuestos:

a) En los permisos por parto, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.



Estos supuestos continuarán regulándose por lo que disponen los acuerdos reguladores o convenios colectivos de condiciones de trabajo del personal empleado público al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

b) Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales.

c) En los procesos de incapacidad temporal que sean consecuencia directa del estado de gestación.

*d) **En los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes que generen hospitalización o intervención quirúrgica.***

Por tanto, acreditada mediante certificación o justificada la intervención quirúrgica, parece que bastaría para cumplir con el requisito determinado en dicho Decreto.

Ahora bien, parece deducirse de la exigencia de acompañar a la certificación de la intervención quirúrgica un requisito añadido, como es “el informe médico de la intervención”, que lo que se trata es de verificar que efectivamente se cumple el requisito para el abono del 100% de las retribuciones para el personal que se encuentra en situación de Incapacidad Temporal.

A este respecto indicar que el principio de calidad de datos (art.4 de la LOPD) que establece que los datos sólo podrán ser tratados cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos, ha de cumplirse en los tratamientos realizados por la Administración, tratamientos entre los que se incluye la recogida de los datos. En el caso objeto de la presente consulta la exigencia, para poder percibir el 100% de sus retribuciones en los supuestos de prestación por incapacidad temporal, la aportación por parte del empleado junto a la justificación del centro hospitalario de que se ha procedido a intervención quirúrgica, “el informe médico de la intervención”, debe considerarse excesivo, dado que el tratamiento de datos de salud que se pretende realizar, no es a nuestro juicio reconducible en ninguno de los supuestos legitimadores del tratamiento de esos datos, puesto que la verificación de la incapacidad temporal por intervención quirúrgica estaría constatada por la aportación de la oportuna justificación o certificación del centro hospitalario de que dicha intervención quirúrgica ha tenido lugar.

Teniendo en cuenta lo recogido en todas las consideraciones anteriores, la exigencia de la cesión de datos de salud de los trabajadores, para la finalidad anteriormente referenciada, vulneraría la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

En Vitoria-Gasteiz, 17 de febrero de 2014