



La consulta plantea dudas sobre la posibilidad de crear un Servicio Médico Externo destinado a verificar el estado de salud de los trabajadores y su adecuación a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal. En concreto, la empresa que realiza la consulta va a prestar (según indican), un servicio de control médico que se pondría en contacto con los trabajadores objeto de supervisión a través de su teléfono móvil particular y les citaría si están conformes a un reconocimiento médico.

Según señalan la prestación del citado Servicio tendría como finalidad la verificación del estado de salud de los trabajadores según recoge el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores y contarían con el número de teléfono móvil particular de los trabajadores para citarles al reconocimiento médico.

Con carácter general, en lo que se refiere a la posibilidad de controlar el absentismo laboral de los trabajadores, el artículo 20.4 del 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 establece que, “el empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”.

Así, por aplicación del mencionado artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, el empleador tiene la potestad de verificar la situación de enfermedad o accidente que motiva la baja del trabajador, y para ello sería posible la contratación de una tercera empresa que se encargara de realizar este tipo de servicios, es decir, el control del absentismo laboral del trabajador para determinar si siguen dándose las circunstancias que determinan la situación de Incapacidad Temporal.

En todo caso, el contenido de la facultad del empresario o empleador de verificar el estado de enfermedad o accidente del empleado está limitada funcionalmente a comprobar si resultan justificadas o no las faltas de asistencia del empleado que dan origen a la suspensión del contrato de trabajo. Ahora bien, tal facultad no constituye la revisión del diagnóstico que originó la situación de Incapacidad Temporal. Esto es, el estado de enfermedad o accidente que justifica la suspensión del contrato por Incapacidad Temporal



aparece certificado por un tercero de carácter público que ofrece una presunción de legitimidad de la diagnosis de las causas que la determinan y que será, en todo caso, una potestad exclusiva de los Servicios Públicos de Salud. En consecuencia, la verificación del estado de salud del empleado no tiene por objeto la corrección del diagnóstico médico acerca del estado de enfermedad o accidente del empleado.

En este sentido, si como empresa prestadora de un servicio accede a los datos del teléfono móvil particular de los trabajadores para contactar con ellos y proponerles la cita a un reconocimiento médico, podemos entender que en este primer estadio el acceso a esta información lo sería en calidad de encargado del tratamiento.

En consecuencia, esta actividad, desarrollada por la tercera empresa no chocaría con la normativa reguladora de la protección de datos siempre y cuando se cumpliera lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999,

1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar”.

Quiere ello decir que la empresa que realiza la consulta será considerada como encargada del tratamiento de aquellos datos a los que accede siempre y cuando se den las circunstancias a las que hemos hecho referencia.

En ese caso, podría citar a los trabajadores empleando su número de teléfono móvil particular para la prestación del servicio descrito, pero si y sólo si, el consentimiento para la utilización del teléfono móvil particular de los trabajadores se ha obtenido previamente por parte de la empresa que contrata los servicios y que resulta ser la responsable de su tratamiento, y ello por cuanto resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21/09/2015 (Sala de los Social).



Sin embargo, y respecto al tratamiento de datos de salud de los trabajadores a los que la consultante citaría (repetimos, siempre que los datos del teléfono móvil hayan sido conseguidos previo consentimiento del trabajador por la empresa responsable del tratamiento) y que acuden al reconocimiento médico, se señala que, son numerosas las resoluciones sancionadoras de esta Agencia sobre la materia y a modo de ejemplo en el procedimiento PS/00149/2004 disponible en la página web www.agpd.es y ante un supuesto semejante cuyo objeto consistía en “..la prestación de un servicio de asistencia médica complementaria consistente en el seguimiento de la marcha de los estados de enfermedad común del personal de la empresa contratante.....”, el Fundamento de Derecho VI recoge lo siguiente:

“Alega Nuevas Prestaciones Médicas en su defensa que realiza el tratamiento de los datos de salud de los afectados en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito con BSM, la cual se encuentra habilitada por el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores para comprobar la autenticidad de la baja médica mediante la verificación del estado de enfermedad o accidente del trabajador.

En el supuesto que nos ocupa, Nuevas Prestaciones Médicas efectúa un tratamiento de datos de salud para el control del absentismo laboral de los empleados de la empresa BSM en el marco del contrato de fecha 01/10/2002 suscrito entre ambas empresas.

El Tribunal Constitucional respecto de las facultades de control de la situación de incapacidad laboral que el artículo 20.4 del citado Estatuto reconoce al empresario, declaró en su sentencia número 202/1999, de 8 de noviembre, que “...la realización de dichas actividades -la creación y actualización de un fichero con datos de salud- prescindiendo del consentimiento expreso del afectado ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información”.

Tras afirmar que la base de datos creada parece perseguir un control más eficaz del absentismo laboral, según las facultades que la legislación atribuye al empresario, el Tribunal estima que “... entre dichas facultades no figura la de proceder al almacenamiento en soporte informático de los datos atinentes a la salud de los trabajadores (...) prescindiendo del consentimiento expreso de estos ...” y que la medida adoptada “... no reviste la consideración de solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin, en este caso, el control del absentismo laboral (...) pues no se trata de una medida de suyo ponderada y equilibrada, ya que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad”. Recuerda el Tribunal 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 la



racionalidad de su utilización, “en cuya virtud ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida ...”. De acuerdo con ello concluye que “... el expresado tratamiento informático – con vistas a su conservación – de los datos referidos a la salud de los trabajadores de que tenga conocimiento la empresa quiebra la aludida exigencia de nítida conexión entre la información personal que se recaba y el legítimo objetivo para el que fue solicitada”.

El ejercicio de las funciones atribuidas por el Estatuto de los Trabajadores debe hacerse en consonancia con las garantías que la LOPD establece para el tratamiento de los datos personales, y, en lo que aquí respecta, recabando el consentimiento expreso de los trabajadores para tratar sus datos de salud con fines de prevención del absentismo laboral.

El contrato de prestación de servicios suscrito entre Nuevas Prestaciones Médicas y BSM ampara el tratamiento de los datos que BSM le suministra, pues este contrato cumple con las previsiones contenidas en el artículo 12 de la LOPD. Nuevas Prestaciones Médicas para la prestación del servicio contratado incorpora a su fichero automatizado denominado “Gestión” los datos de salud de los trabajadores de BSM.

Nuevas Prestaciones Médicas debe cumplir la obligación que impone el artículo 7.3 de la LOPD para tratar los datos de salud de los afectados y recabar el consentimiento expreso de sus titulares, sin que su actuación se encuentre amparada por la excepción contenida en el artículo 7.6 de la LOPD, en cuyo primer párrafo preceptúa que “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 médico, 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 una persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto”.

A este respecto cabe citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12/04/2002 en la que se recoge que “La prestación del servicio médico realizado por los facultativos de (...) no tiene por objeto la mejora, ni la prevención de la salud de las personas a quienes examina y cuyos datos incorpora al fichero, es decir, no realiza una prestación necesaria para la salud, ni tampoco para el tratamiento médico a que pudieran estar sometidos, ni para la investigación científica o el desarrollo de la medicina, sino que la prestación únicamente está al servicio del arrendador que, a través de ese mecanismo, pretende evitar el absentismo en el trabajo.



Por tanto, no puede hablarse de prestación de servicios médicos en los términos exigidos en la Ley, y ello aunque intervengan facultativos sometidos al secreto profesional, sino de otro tipo de prestación de servicios, no amparada en el artículo 7.6 de la LOPD, para cuyo tratamiento informatizado de datos no precisa el consentimiento del afectado”.

La actividad que realiza Nuevas Prestaciones Médicas, en virtud del contrato celebrado con BSM, no tiene por objeto elaborar un diagnóstico médico y tratamiento de enfermedades para contribuir a la mejora de la salud y bienestar de los empleados, sino en determinar la justificación médica de la baja del trabajador, por lo que Nuevas Prestaciones Médicas debe obtener el consentimiento expreso de los afectados para que el tratamiento de los datos de salud resulte acorde con las garantías de la LOPD.”

En consecuencia, si como empresa encargada de la verificación del estado de enfermedad o accidente del trabajador va a proceder a tratar los datos de salud de los afectados, deberá cumplir con la obligación que impone el artículo 7.3 de la Ley 15/1999, solicitando el consentimiento expreso e informado (en los términos del artículo 5 de la misma Ley) para que el tratamiento de sus datos de salud “*resulte acorde con las garantías de la LOPD.*” , limitándose a comunicar al empresario si la baja se encuentra justificada, pero sin expresar la concreta dolencia padecida.

En definitiva, como encargada del tratamiento puede acceder a los datos que posea el responsable para proceder a “citar” al trabajador, pero posteriormente, para tratar los datos de salud del trabajador y determinar la justificación médica de la baja se necesita el consentimiento expreso de informado de los trabajadores.