

I

Parece conveniente resumir, antes de entrar en la cuestión planteada, cuál es la situación legal y la actuación de la TGSS, siguiendo el relato que muy acertadamente se realiza en el texto de consulta.

El tipo de cotización por la contingencia de desempleo en los contratos de duración determinada varía según que (i) concurra en el trabajador una discapacidad no inferior al 33% o (ii) que no concurra. En caso de que no concurra, el tipo de cotización por dicha contingencia es, para 2017, del 8,30 por ciento, del que el 6,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador. Si concurre dicha discapacidad, el tipo de cotización por la contingencia de desempleo es inferior, privilegiado, aplicándose el tipo propio de los contratos indefinidos: 7,05 por ciento, del que el 5,50 por ciento será a cargo de la empresa y el 1,55 por ciento a cargo del trabajador (Véase art. 32.2.a) 1º, y 32.2.a) 6º de la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017).

La TGSS alega en su consulta que cuando es ella, la TGSS, quien realiza la liquidación en base al sistema de liquidación directa previsto en el artículo 22 b) del TRLGSS, si el trabajador no ha proporcionado al empresario el dato de la discapacidad (de manera que sólo conoce dicha información la TGSS porque sólo se la ha proporcionado a ella el trabajador) en ese caso, atendiendo a que nos encontraríamos ante un dato de salud especialmente protegido conforme a la normativa de protección de datos, que el empresario no conoce, en ese caso la TGSS no está aplicando el tipo privilegiado, inferior, procedente legalmente (el correspondiente a los contratos de duración indefinida) aunque el trabajador tenga el carácter de discapacitado en una proporción superior al 33 por ciento, y ello, añade, aun reconociendo que ello *“puede suponer un perjuicio económico para la empresa”*. En definitiva, en estas situaciones la TGSS está aplicando a una situación de hecho, cuyas circunstancias conoce, un tipo distinto del establecido legalmente.



Ahora entrando en la consulta, plantea ésta el caso inverso, esto es, si, en el caso en que durante la vigencia de un contrato de duración determinada, a un trabajador que hasta el momento tenía reconocida una discapacidad no inferior al 33% (y se le aplicaba por tanto el tipo privilegiado, inferior), se produce la revisión por mejora del estado del trabajador y le es reconocido un grado de discapacidad inferior al 33 por 100 (o deja de reconocérsele totalmente la condición de discapacidad por su total recuperación), teniendo conocimiento de esta circunstancia la TGSS porque se lo comunica el trabajador, pero no al empresario, se plantea la TGSS si procede en ese caso que por la TGSS se modifique el tipo de cotización aplicable por la contingencia de desempleo (hasta ese momento aplicándose el tipo inferior, privilegiado, del 7,05 por ciento, del que el 5,50 por ciento será a cargo de la empresa y el 1,55 por ciento a cargo del trabajador), por el legalmente procedente para esta situación (el correspondiente a las contrataciones de duración determinada - del 8,30 por ciento, del que el 6,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador-) aunque de la liquidación que resulte de ella se derive el conocimiento por parte del empresario de la mejora de salud experimentada por el trabajador, o bien si, por tratarse de datos de carácter personal especialmente protegidos, no procede en ningún caso su comunicación al empresario (mediante la correspondiente liquidación de la cuota en la nueva cuantía) a los efectos de aplicar los tipos correctos de cotización respecto del trabajador titular de dichos datos, de modo que habría de seguir aplicándose el tipo inferior, privilegiado, aun cuando legalmente procedería aplicar el tipo superior.

II

Hay que partir de lo establecido en el art. 8.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, que establece que *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.*

Como puede observarse, la base jurídica del tratamiento de los datos de salud no es únicamente el consentimiento del afectado, sino que también dicha base jurídica puede estar establecida por la ley, por razones de interés general.

No es necesario una extensa argumentación respecto de que la legislación en materia de seguridad social es una base jurídica suficiente para

el tratamiento, sin necesidad del consentimiento de los interesados, de los datos personales necesarios a tal fin, incluso de salud, cuando así lo disponga la ley, de modo que se pueda garantizar, tal y como establece por ejemplo el artículo 1 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, el derecho de los españoles a la Seguridad Social, establecido en el artículo 41 de la Constitución, cuyo sistema se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad (art. 2 TRLGSS), ya que el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley (art. 3 TRLGSS). Concretamente en cuanto a la liquidación y recaudación de las cuotas y demás recursos del sistema, el artículo 22 TRLGSS sería base jurídica suficiente para que la TGSS pudiera tratar los datos personales necesarios para llevar a cabo la liquidación directa de las *cuotas y demás recursos* (en adelante, para simplificar, las “*cuotas*”); pero también sería base jurídica suficiente para que el propio empresario pudiera tratar dichos datos personales habida cuenta de que el artículo 22.1 a) TRLGSS establece igualmente la posibilidad de un sistema de autoliquidación por el sujeto responsable del ingreso de las cuotas de la seguridad social.

Pues bien, no se comparte, desde el punto de vista de la legislación de protección de datos, la interpretación y aplicación que ha realizado la TGSS de la normativa al supuesto de hecho expuesto la consulta.

La normativa de protección de datos no puede dar lugar a una interpretación de la norma contraria al espíritu de la misma. La normativa de seguridad social se basa fundamentalmente en un sistema de reparto para todas las contingencias (art. 110 TRLGSS) así como en el hecho de que las personas obligadas a abonar e ingresar las cotizaciones han de hacerlo por la “totalidad” de las cuotas (art. 154 TRLGSS) no por una parte de estas inferior, ni tampoco superior, a las que correspondan; por eso el TRLGSS reconoce, como es obvio, la posibilidad de solicitar y recuperar los ingresos indebidos (art. 26 TRLGSS) en el caso de que lo ingresado fuera superior a lo debido.

Como puede observarse en el ya citado art. 22.1 TRLGSS, las cuotas han de liquidarse y recaudarse “*en los términos previstos en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo*” de manera que una interpretación, como la

mantenida hasta el momento y plantea la consulta por la TGSS, que dé lugar a que las cuotas no se recauden de la manera establecida en dicha ley y en su normativa desarrollo, sino a que el importe liquidado sea por una cantidad diferente a la que resulta de la situación de hecho real, no puede sostenerse.

Hay que partir de la base, ya mencionada, que la base jurídica del tratamiento *no es el consentimiento del interesado*, de modo que es irrelevante en principio a los efectos del tratamiento de los datos personales en el caso que éste no le haya comunicado al empresario la situación de incapacidad, o en el caso planteado en la consulta, que no le haya comunicado la mejora de la situación de incapacidad que tenía previamente pasando ahora a una discapacidad inferior al 33 por ciento. Como se ha mencionado hasta ahora, la base jurídica del tratamiento es *la ley* en base al interés general de la existencia, y financiación adecuada, de acuerdo con la normativa correspondiente, del sistema de seguridad social.

La interpretación de la norma llevada a cabo hasta el momento por la TGSS no puede sostenerse adecuadamente habida cuenta precisamente de la discrepancia e incongruencia que se plantea entre los dos casos expuestos en la consulta: en caso de que el trabajador no hubiera comunicado al empresario su situación de discapacidad superior al 33 por ciento, la TGSS continúa aplicando el tipo más alto, cuando la ley dice que en ese caso ha de aplicarse un tipo inferior, y ello, añade, aunque suponga un perjuicio para la empresa; pero en caso de que lo que no se comunique por el trabajador al empresario es la reducción del porcentaje de discapacidad por debajo del 33 por ciento, lo que se plantea por la TGSS ante esta AEPD en su consulta es si puede seguir aplicando el tipo inferior, pero ello, reconoce la consulta, *“supondría un grave perjuicio a los intereses públicos que representa el sistema de seguridad social”* (sic).

La respuesta por esta AEPD a la consulta ha de ser negativa, en el sentido de que no se puede seguir aplicando el tipo inferior cuando la TGSS conoce, por habérselo comunicado el trabajador, aunque no se le haya notificado por éste al empresario, que ha existido una mejora de la discapacidad de manera que esta pasar a estar declarada por debajo del 33 por ciento, o incluso ha desaparecido.

Pero de la misma manera habrá de entenderse que por la TGSS no podrá seguirse aplicando el tipo superior cuando la TGSS tenga conocimiento,



por habérselo comunicado el trabajador pero no al empresario, de que se le ha reconocido una discapacidad en grado no inferior al 33 por ciento.

Al contrario de lo que señala la consulta, dicho perjuicio cuando la TGSS sigue aplicando el tipo superior aun en el caso de tener conocimiento de que debería estar aplicando un tipo privilegiado, no se produce tan sólo para la empresa (cuyo tipo de cotización debería de ser del 5,50% frente al 6,70%), sino que la consulta no menciona que dicho perjuicio se produce igualmente para el trabajador, pues la parte que debe de abonar el mismo, y que el empresario ha de retener y abonar, debería ser del 1,55%, frente al 1,60%. Luego el perjuicio se produce para ambos (empresa y trabajador) en esta interpretación de la TGSS.

Esta interpretación que realiza la TGSS sería contraria al art. 141 y 142 del TRLGSS, pues el empresario descontará a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos. *Si no efectuase el descuento en dicho momento no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo.* Añade a continuación el último párrafo del apartado 2 del art. 142 que *en los justificantes de pago de dichas retribuciones, el empresario deberá informar a los trabajadores de la cuantía total de la cotización a la Seguridad Social indicando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 141.2, la parte de la cotización que corresponde a la aportación del empresario y la parte correspondiente al trabajador, en los términos que reglamentariamente se determinen.*

Una interpretación diferente de lo anterior llevaría a vulnerar el principio de integridad de la financiación de la Seguridad Social mediante las cuotas y demás recursos en la cuantía establecida por la ley y sus normas de desarrollo.

III

Como ya se ha mencionado, la razón principal para esta conclusión estriba en que la base jurídica para el tratamiento de los datos personales no es el consentimiento de los afectados, sino por la propia existencia de la ley en aras del interés general.

Cuando el tratamiento jurídico deriva de la propia ley, el conocimiento que pueda tener, en el caso concreto sujeto a análisis, el empresario de la situación de discapacidad, siempre que la utilización de dicho dato personal



sea conforme con principio de calidad del dato previsto en el artículo 4 de la LOPD, no puede entenderse contrario la normativa de protección de datos.

El art. 4.1 LOPD establece que *Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.*

En efecto, la propia normativa de seguridad social prevé que el empresario pueda tener conocimiento de determinados datos personales especialmente protegidos de la salud del trabajador. Y ello en primer lugar porque, como hemos visto, se permite que por el empresario se produzca la autoliquidación e ingreso de las cuotas de la seguridad social (art. 22.1 a) TRLGSS), lo que conlleva necesariamente tener conocimiento de dicha situación de discapacidad a los efectos de determinar la cuota a ingresar.

El conocimiento por el empresario de dicha situación de discapacidad o mejora de la misma, a los efectos de determinar la cotización por desempleo en los contratos de duración determinada, y de la licitud del tratamiento o de estos datos de salud a los efectos de la determinación de la cuota correspondiente, ha de considerarse que cumple con el principio de calidad el dato previsto el artículo 4 LOPD *si dicho conocimiento se acaba ahí*: en el conocimiento de la situación de discapacidad o su mejora, pero no obviamente en las razones de la discapacidad. No resulta de la consulta que la TGSS, mediante la comunicación al empresario de la liquidación de la cotización que éste ha de ingresar por sus trabajadores, ponga en conocimiento del empresario un dato personal protegido más allá del mero de la existencia de la discapacidad o su mejora.

Pues bien, tenemos en el propio TRLGSS otros casos en que existen tratamientos de datos de salud de los trabajadores por el empresario en los cuales el dato de salud conocido por el empresario es adecuado, pertinente y no excesivo en relación con las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para los que se han recogido, pero que si dicho conocimiento de la salud el trabajador se extiende más allá de lo previsto por la propia ley, el tratamiento de dicho dato deviene inadecuado y contrario a la normativa de protección de datos.



En concreto se hace referencia aquí al sistema de puesta en conocimiento del empresario de las bajas por incapacidad laboral, que puede extenderse incluso más allá de los 365 días, o la situación de riesgo para el embarazo, maternidad etc. El mero hecho de la existencia y comunicación al empresario de la existencia de una baja por incapacidad laboral derivada de accidente de trabajo, enfermedad profesional e incluso enfermedad común es un dato de salud que el empresario ha de conocer, sin que pueda extenderse dicho conocimiento a la razón o el diagnóstico médico del mismo.

Como puede verse en el artículo 42 en relación con el art. 102 TRLGSS, las empresas pueden directamente colaborar en la gestión de la seguridad social (no solo mediante el sistema ya visto de autoliquidación por el empresario del art. 22.1 a) TRLGSS), sino asumiendo directamente el pago de ciertas prestaciones, por ejemplo prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, o de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional etc. Así:

Artículo 102. Colaboración de las empresas.

1. Las empresas, individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social exclusivamente en alguna o algunas de las formas siguientes:

*a) **Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones por incapacidad temporal** derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la indicada situación.*

*b) **Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral**, en las condiciones que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.*

Las empresas que se acojan a esta forma de colaboración tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fije el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

*c) **Pagando a sus trabajadores, a cargo de la entidad gestora o mutua obligada, las prestaciones económicas por incapacidad temporal, así como las demás que puedan determinarse reglamentariamente.***

El art. 170.3 TRLGSS, al referirse a las competencias sobre los procesos de incapacidad temporal, establece que: 3. *En el desarrollo reglamentario de*



este artículo, se regulará la forma de efectuar las comunicaciones previstas en el mismo, así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten.

El 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 establece en su art. 1 y 7:

Art. 1.1:

1. La emisión del parte médico de baja es el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal. La declaración de la baja médica, en los procesos de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, 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.

Art. 7.1

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

*En el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición de los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, **el trabajador entregará a la empresa la copia destinada a ella.***

(...)

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

Ello supone que el trabajador está obligado a comunicar a su empresa no sólo la baja (dato de salud) sino también el alta (dato de salud, en cuanto que es una mejora de la misma), para que por el INSS, se tramite el procedimiento correspondiente del reconocimiento de la prestación por IT y



además de lo anterior, por la empresa, para que pueda cubrir la baja de la manera que estime conveniente (lo que es un tratamiento de dicho dato).

La Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el 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, establece en su art. 10 y 11:

Artículo 10. Entrega del parte al trabajador y presentación en la empresa de la copia destinada a ella.

*1. El facultativo del servicio público de salud o de la mutua que expida el parte médico de baja/alta y confirmación entregará al trabajador **dos copias del mismo**, una para el interesado y otra con destino a la empresa.*

*2. El trabajador está **obligado** a presentar a la empresa la copia de los partes de baja y confirmación destinada a ella, en el plazo de tres días contados a partir de la fecha de su expedición.*

Asimismo, está obligado a presentar a la empresa la copia destinada a ella del parte de alta dentro de las 24 horas siguientes a su expedición.

Pero sobre todo en el 11 dice así:

Artículo 11. Tramitación por el empresario.

*1. La **empresa** consignará en el ejemplar del parte de baja entregado por el trabajador los datos sobre cotización relativos al mismo, **a efectos de la determinación de la base reguladora de la prestación económica por incapacidad temporal**. Asimismo consignará la clave del código nacional de ocupación, el código de la provincia del centro de salud en la que se ha emitido el parte médico y los datos genéricos que se establezcan a efectos identificativos del proceso y de la empresa, definidos a través del sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED).*

*2. La empresa tiene la obligación de transmitir al Instituto Nacional de la Seguridad Social, el parte de baja, de confirmación o de alta presentado a la misma por el trabajador, después de cumplimentar los apartados a ella concernientes, a través del sistema RED, con carácter inmediato y, en todo caso, dentro del plazo máximo de tres días hábiles a partir de su recepción. **Dicha obligación corresponde a las empresas aun cuando hayan asumido el pago, a su cargo, de la prestación económica de incapacidad temporal, en régimen de colaboración***



voluntaria, en los términos del artículo 77.1.a) y d) de la Ley General de la Seguridad Social.

La obligación de presentar las copias de los partes médicos, por el sistema RED, también alcanzará a las agrupaciones de empresas y a los profesionales colegiados que, por acuerdo o representación de la empresa, vengán presentando o presenten dichos partes médicos y estén o sean autorizados para la utilización de dicho sistema.

3. El acceso a la consulta, el tratamiento y la explotación de los datos que figuren en la copia de los partes remitidos conforme a lo indicado en este artículo únicamente podrán ser realizados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, el Instituto Social de la Marina o la mutua correspondiente. Asimismo, el acceso a la consulta de los datos que figuran en la copia de los partes remitidos podrá realizarse por la Tesorería General de la Seguridad Social exclusivamente en relación con aquellos aspectos que determinen condiciones de cotización específicas respecto de los trabajadores en situación de baja médica.

En todo caso, la transmisión, cesión, tratamiento y explotación de los datos recogidos en las copias de los partes médicos, presentadas conforme a lo dispuesto en este artículo, están sometidos a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (...)

Además, dicha citada Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, establece los modelos de partes de alta y baja, (ver sus Anexos) que han de utilizarse, que contienen casillas o apartados diferentes según se trate del ejemplar para el trabajador o para la empresa, de modo que la casilla “diagnóstico” tan sólo se incluye en el ejemplar destinado al trabajador, de suerte que la empresa, tal y como resulta del ya citado art. 11 de la Orden, no puede conocer la razón médica de la incapacidad temporal, sino sólo el hecho en sí mismo de la incapacidad temporal, dato o que se considera adecuado, pertinente y no excesivo a los efectos del tratamiento de los datos personales del trabajador que ha de hacer a este respecto la empresa.

Pues bien, volviendo al objeto principal de este informe, y de conformidad con el art. 4.1 del código civil (*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*), del mismo modo que la empresa tiene acceso a los datos personales adecuados y pertinentes relativos a la existencia de una situación de incapacidad temporal



(baja, dato de salud), o su mejora (alta), pero no a la causa de la misma (el diagnóstico), se considera que, de acuerdo a la normativa de protección de datos, la empresa podrá tener acceso a la existencia de una situación de discapacidad o de mejora de esta en el trabajador, a través de la liquidación de la TGSS, en la medida que la misma puede dar lugar a la aplicación de un tipo de cotización diferente en la contingencia de desempleo en los contratos de duración determinada, pero no a la causa de dicha discapacidad.