



N/REF: 078172/2018

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente a la Disposición Adicional Cuadragésima tercera (DA 43ª), de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2018 (B. O. de Canarias de 30 diciembre de 2017), solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos, se hace constar que el presente informe va dirigido exclusivamente a los aspectos relativos a la normativa de protección de datos que resulten de la norma, sin entrar necesariamente en otros aspectos de la disposición sometida a consulta.

La citada Disposición Adicional Cuadragésima tercera (DA 43ª) tiene la siguiente redacción

Cuadragésima tercera.- Cesión de datos de salud a los servicios de valoración y orientación de la dependencia y a la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

1. El personal médico, debidamente acreditado y adscrito a los Servicios de Valoración y Orientación a la Dependencia que ejerza funciones de valoración del grado de dependencia y elaboración del programa individual de atención de las personas en situación de dependencia reconocida tendrá acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación del estado de la salud de la persona dependiente.

2. Los inspectores médicos de las direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en Canarias tendrán acceso informático a las historias clínicas completas, tanto de atención primaria como especializada, de los asegurados, con el fin de realizar la gestión y el control de las prestaciones derivadas de las incapacidades laborales.

El acceso y tratamiento de esta información por parte de los inspectores médicos del INSS tendrá por objeto, única y exclusivamente, el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas en orden a la valoración



del menoscabo funcional que justifica la percepción de las prestaciones económicas garantizándose, en todo caso, la seguridad y confidencialidad de los datos.

3. El personal médico que acceda a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto.

4. El tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el apartado 1 requerirá el consentimiento inequívoco del afectado.

I

Esta disposición establece una doble posibilidad de acceso a la historia clínica por quien no es su titular (el paciente): por un lado por el personal médico destinado en los Servicios de Valoración y Orientación a la Dependencia, y por otro por personal inspector médico del INSS, en ambos casos para las finalidades específicas que les competen. Hay sin embargo una diferencia, y es que para el primero de dichos accesos se requeriría el consentimiento "inequívoco" del afectado, mientras que para el segundo de los casos no se establece dicha necesidad de consentimiento, lo que se tratará más adelante.

Pues bien, sin perjuicio de hacer constar que parece legislarse sobre unas competencias (en relación con el personal médico inspector del INSS) que no corresponderían en principio a la Comunidad Autónoma, lo que determinaría la incompetencia de esta y por extensión de la norma que regula dicho acceso, cabe señalar que el art. 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD) define) cesión o comunicación de datos como *toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado*. La comunicación de la historia clínica a quien no es el paciente sería una cesión de datos.

El art. 3 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define la historia clínica como el *conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial*.

Nos encontramos pues ante datos personales de los pacientes, referidos a su salud, respecto de los cuales el art. 7.3 de la LOPD dispone que:

3. 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 (incluyendo pues las cesiones de datos) 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 necesaria una extensa argumentación respecto de que la gestión y control de las prestaciones de seguridad social sería una razón de interés general para el tratamiento de datos personales necesarios a tal fin, incluso de salud, cuando así lo disponga la ley, y lo mismo cabe decir de la comprobación del estado de salud a los efectos de la valoración del grado de dependencia del afectado, aspectos ambos que regula la DA 43ª estudiada).

El apartado 4 de dicha DA 43ª sin embargo realiza una regulación de la posibilidad de acceso a los datos de salud de la historia clínica basado en el consentimiento que se considera errónea (incluso inconveniente, como veremos) desde la perspectiva del derecho de protección de datos.

Hay que decir que dicha “necesidad” del consentimiento del afectado que prevé el apartado 4 de la DA 43ª se refiere sólo a los casos en que el acceso lo realice el personal médico de los Servicios de Valoración y orientación a la dependencia (que es a quien se refiere el apartado 1, al que remite el apartado 4), no por tanto cuando el acceso a los datos lo realice el personal inspector médico de las direcciones provinciales del INSS (al que hace referencia el apartado 2). Por lo tanto la base jurídica para el tratamiento de los datos personales de la historia clínica por el personal inspector médico del INSS sería exclusivamente la ley, basado en dicho interés general que la misma proclama.

Ahora bien, el que la ley disponga que se necesita el consentimiento del afectado para el tratamiento (la cesión) de sus datos personales de la historia clínica por el personal médico de los servicios de valoración y orientación a la



dependencia supone que como el consentimiento para la cesión sería revocable en cualquier momento por el interesado (en general, art. 11.4 LOPD), cualquier tratamiento que deban hacer los servicios de valoración y orientación a la dependencia estará sujeto a que el interesado no haya revocado dicho consentimiento al tratamiento de sus datos. Y como puede observarse en la propia página web de la comunidad autónoma canaria, los Centros de valoración y orientación son centros de atención primaria de carácter sectorial constituidos por equipos multiprofesionales que responden a la necesidad de valoración y orientación especializada a efectos de acceder a las prestaciones sociales y económicas destinadas a las personas con discapacidad. Entre las funciones de dichos Centros destaca, entre otras varias, la de Calificación del grado de discapacidad, **revisión** del mismo por agravación, mejoría o error de diagnóstico, conforme al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Esta norma última citada, RD 1971/1999, de 23 de diciembre, dispone de su artículo 11 lo necesario para la “revisión del grado de minusvalía”. El apartado 1 de dicho artículo 11 establece que *[el] grado de minusvalía será objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo fijarse el plazo en que debe efectuarse dicha revisión.*

Pues bien, de conformidad con la regulación que se hace en la DA 43^a mediante el establecimiento del consentimiento del interesado como base jurídica necesaria para el tratamiento de datos personales en que consiste el acceso a la historia clínica por el personal médico de los servicios de valoración y orientación a la dependencia, bastaría con que el afectado se negara (revocara su consentimiento), lo que puede hacer en cualquier momento libremente, para que dicho personal médico no tenga acceso a la historia clínica del paciente a los efectos de la comprobación del estado de salud del mismo, lo que supondría que no podría realizarse la revisión del grado de minusvalía que la norma requiere, (o al menos, no podrían utilizarse los datos que constan en la historia clínica del paciente) con lo que ello supone tanto en materia de obtención indebida (por no poder modificarlas) de prestaciones económicas, sociales, o incluso en materia de cotización a la seguridad social, cuestión ésta última, en relación con el tipo de cotización por la contingencia de desempleo en los contratos de duración determinada (que varía según que concurra en el trabajador una discapacidad no inferior al 33% o que no

concurra), que ya ha tenido oportunidad de estudiar esta AEPD en nuestro Informe 308753/2017.

Parecería más conveniente, habida cuenta de que el artículo 7.3 LOPD permite que los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud pueda ser tratados y cedidos cuando por razón de interés general así lo disponga una ley, que se prescinda en este caso del consentimiento del interesado pues ello podría impedir el cumplimiento de la función pública que compete a los servicios de valoración y orientación a la dependencia cuando hayan de realizar, por ejemplo, una revisión por mejoría del grado de discapacidad.

II

A la vista de lo anterior, se pone de manifiesto una segunda cuestión: y es que frente a lo establecido en el art. 7.3 LOPD para que el consentimiento del interesado pueda considerarse base jurídica suficiente para el tratamiento de los datos de salud, que requiere que el afectado consienta *expresamente*, la DA 43ª en su apartado 4 establece que para el tratamiento de los datos de carácter personal por el personal médico de los servicios de valoración y orientación a la dependencia bastará (o será necesario, según se mire) con el consentimiento *inequívoco* del afectado.

Esta diferencia entre consentimiento *expreso* y consentimiento *inequívoco* puede parecer sutil pero tiene una gran importancia, porque en el sistema de la LOPD el consentimiento “inequívoco” es el necesario para el tratamiento de los datos de carácter personal que no constituyan datos especialmente protegidos (art. 6.1 LOPD), mientras que para el tratamiento de datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual de los afectados la LOPD requiere el consentimiento “expreso” (art. 7.3 LOPD). Y más aún, el art. 7.2 LOPD requiere el consentimiento “expreso y por escrito” del afectado para que pueda ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias.

Por tanto, al establecer en la ley de presupuestos la comunidad autónoma de Canarias una modificación respecto del carácter del consentimiento requerido para tratar datos de carácter personal relativos a la salud del afectado (además, rebajándolo de “expreso” a “inequívoco”) está



legislando y regulando el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos previsto en artículo 18.4 CE, cuyo desarrollo se ha hecho mediante una ley orgánica, la LOPD, por lo que claramente la competencia de las Cortes Generales para determinar mediante ley orgánica el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos se habría visto menoscabada, con infracción pues del art. 81 CE.

Dicha regulación supondría una vulneración directa de la propia LOPD, en cuanto que dicha LOPD es desarrollo directo del art. 18.4 CE en virtud del art. 81 CE, lo que determina que conforme al art. 28.2 LOTC *el Tribunal [Constitucional] podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo ochenta y uno de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido.*

III

Adviértase además que dicha regulación conllevaría una infracción, del mismo sentido, por la ley de presupuestos canaria (DA 43ª) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (aún en vigor y aplicable hasta el 25 de mayo de 2018, en que será aplicable el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD).

La Directiva 95/46/CE establece en sus arts. 8.1 y 8.2 a) (sección III del capítulo II) que los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la **salud** o a la sexualidad, pero que ello no se aplicará cuando (entre otros) el interesado haya dado su consentimiento **explícito** a dicho tratamiento, salvo en los casos en los que la legislación del

Estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado (...).

Y sin embargo, en el art. 7 a) de la Directiva, en la (sección II del capítulo II) bastará con el consentimiento del interesado ***de forma inequívoca*** para el tratamiento de datos personales no incluidos dentro de las categorías especiales de tratamientos.

El ya citado RGPD (aplicable a partir de 25 mayo 2018) contiene igualmente esta distinción entre el consentimiento necesario para los tratamientos generales (art. 6 y 7 del RGPD) frente al consentimiento requerido para los tratamientos de categorías especiales de datos personales, pues el art. 9.2 a) establece que en estos casos para el tratamiento de dichos datos personales se necesita que el consentimiento sea “*explícito*”, frente a la falta de adjetivación del consentimiento o en el art. 6.1 a) y 7 RGPD.

A la vista del considerando 32 del RGPD, el consentimiento debe darse en todo caso mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca. Pero además, respecto de las categorías especiales de datos, tanto el ya citado art. 9.2.a) RGPD como su Considerando 51, requieren que el consentimiento para el tratamiento de las categorías especiales de datos sea “explícito”.