

Expediente N°: E/04273/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades CAPRABO, S.A., y TEBEX, S.A., en virtud de denuncia presentada por Doña **A.A.A.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14 de junio de 2017, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **A.A.A.**, en el que expone lo siguiente: Que ha venido prestando servicios en la empresa CAPRABO, S.A., desde el día 3 de enero de 2006, mediante contrato indefinido, como Técnico Gestor de Pricing.

El día 18 de Junio de 2014, recibió un mensaje SMS de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que se indicaba que la citada empresa, CAPRABO, S.A, la había dado de baja de la Seguridad Social.

Con el tiempo he tenido conocimiento del escrito de despido en el que se afirma que *"la compañía tiene contratado un servicio de seguimiento de todos los casos de incapacidad temporal que se declaran en la empresa y que tienen por objeto comprobar la veracidad de las causas alegadas para ausentarse del trabajo en relación con las bajas médicas presentadas"*

En este escrito se indican los mecanismos habituales de control de tales situaciones de baja; entre otros se recoge que la afectada mantuvo conversación telefónica con el médico encargado del seguimiento y no ha sido capaz de alegar ningún tipo de patología.

También figura que *"No presenta antecedente patológico ni clínica alguna que justifique..."*;

En el mismo documento, en el punto e), apartado figura d: *"Vd. no acudió a la visita del día 3 de junio. Ese mismo día 3 se la cito telefónicamente para acudir el siguiente día 5,... Por SMS certificado, recibido por Vd. el pasado día 11-6-2014 a las 15:35 horas, se la cito de nuevo a visita para el siguiente día 12. Ese día tampoco acudió alegando que tenía cita con el médico especialista, ... Se la cito de nuevo telefónicamente a visita para el día 16 de junio,... En sucesivas llamadas..."*

En el punto g) del citado documento: *"... cuando los facultativos encargados del seguimiento de su caso y en base a las propias conversaciones mantenidas con Vd., han podido establecer ya la inexistencia de antecedente patológico..."*.

A la vista de las anteriores manifestaciones que constan en el escrito de despido, la reclamante indica que NUNCA ha tenido conocimiento de la existencia de ningún servicio, y NUNCA ha sido notificada de ningún servicio de seguimiento de I.T., y NUNCA ha dado el consentimiento para el tratamiento, cesión, almacenamiento y uso con otras finalidades de sus datos personales relativos a la salud y que NUNCA ha acudido a visitas con los facultativos que citan, y que el médico encargado del seguimiento de su caso es de otras instituciones y organismos tanto de la sanidad pública y privada y no los que se mencionan.

A juicio de la reclamante, la empresa CAPRABO, S.A., ha elaborado el escrito de despido en base a información proporcionada por personas del servicio de seguimiento de IT (TEBEX, S.A).

TEBEX, S.A., mantiene almacenados todos los datos personales relativos a su salud y de las incapacidades temporales de los últimos 7 años, incluidos datos de maternidad cuando esto no se corresponde con una Incapacidad Temporal, y que los mismos los han tratado y cedido a trabajadores de CAPRABO, los cuales conjuntamente con los de TEBEX, tienen todos ellos acceso a sus datos de salud sin que exista ningún consentimiento expreso e inequívoco.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Los representantes de CAPRABO manifestaron lo siguiente en relación con los hechos denunciados:

El procedimiento establecido para informar a los trabajadores de los tratamientos de datos realizados por TEBEX, S.A., con la finalidad de controlar el absentismo, consiste en informar de la prestación de servicio que tiene suscrita para la gestión y control de los proceso de Incapacidad Temporal por contingencias comunes a través del Comité de Empresa y son, en todo caso, los delegados o representantes sindicales los que informan a sus representados.

Aportan copia de la comunicación remitida al Comité de Empresa Intercentros de Tiendas de Cataluña y al de Sede y Plataformas, de fecha 8 de mayo de 2009, en el que se informa del inicio de actividad por parte de TEBEX.

Asimismo, según el caso de absentismo y con el objetivo de poder conocer la situación que afecta al motivo de la incapacidad laboral temporal, de acuerdo a la legislación vigente y en cumplimiento del Artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, CAPRABO cita por escrito al trabajador para que acuda a los servicios médicos en la dirección. En ese escrito se incluye el siguiente texto legal informativo:

*"Se informa al trabajador que CAPRABO, S.A. ha encargado a TEBEX SA, domiciliada en (C/...1), Tel. ***TEL.1, los servicios previstos en la normativa laboral de verificación de los eventuales estados de enfermedad o accidentes alegados para justificar las faltas de asistencia al trabajo. El Trabajador queda informado y consiente expresamente que los datos que proporcione voluntariamente a la red médica dispuesta por TEBEX, incluidos los de salud, que sean necesarios y pertinentes para llevar a cabo la verificación indicada, sean tratados por ésta para llevar a cabo dicha verificación, así como también, en el supuesto que CAPRABO, S.A. contratase dicho servicio, para prestarle servicios sanitarios para la mejora de su estado de salud si así lo precisa y solicita, o para que reciba asesoramiento médico para el correcto tratamiento de sus eventuales procesos patológicos. En todo momento TEBEX actuará con el más profundo y absoluto respeto a la normativa sobre confidencialidad y protección de datos aplicable. Igualmente se informa al Trabajador que TEBEX no revelará sus datos de salud a CAPRABO, S.A., Finalmente, en virtud de lo dispuesto por la mencionada Ley, se informa al Trabajador que el responsable de dicho tratamiento es CAPRABO, S.A. para la que trabaja, así como que podrá ejercerlos derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición de sus datos, enviando un escrito a la anterior dirección de*

TEBEX, al que deberá acompañar una fotocopia de su DNI o documento equivalente. En caso de cancelación u oposición al tratamiento descrito de los datos, incluidos los de salud, es posible que no pueda hacerse efectiva dicha labor una vez cancelado el tratamiento o durante el tiempo que dure dicha oposición, por carecer de los datos necesarios para su ejecución, por lo que en la medida que suponga una negativa efectiva del trabajador al reconocimiento verificador indicado podría derivar, de estimarlo oportuno CAPRABO, S.A., en la suspensión de los derechos económicos del trabajador que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situación de enfermedad o accidente, así como a la adopción de las medidas directivas de control laboral conformes a la legislación laboral aplicable"

Los representantes de la entidad aportan el escrito/burofax, junto a su acuse de recibo, remitido a Doña **A.A.A.**, el día 29 de mayo de 2014, en el que se puede comprobar que no fue entregado a la interesada por no retirado de la oficina.

Del tratamiento propiamente dicho, el trabajador es informado, bien cuando es contactado por TEBEX por medios telefónicos, en cuyo caso la conversación queda grabada, así como la información dada por TEBEX al trabajador y el consentimiento del afectado a ese tratamiento, o bien expresamente y por escrito cuando acepta y acude a una cita presencial con TEBEX.

Los datos a los que CAPRABO da acceso a TEBEX son los siguientes:

Nombre,

Apellidos,

DNI,

Puesto de trabajo/cargo,

fecha de baja,

datos de contacto (número de teléfono, dirección)

TEBEX devuelve a CAPRABO el dato de si el absentismo es previsible y justificado o, si por el contrario no lo es; información de carácter administrativo con la previsión de alta y las actuaciones llevadas a cabo con el trabajador, es decir, si se ha contactado o no con éste, medio por el que se ha hecho, si se ha concertado cita y ha acudido o no a la misma.

En relación a los datos que figuran en los ficheros de personal de CAPRABO que hayan sido facilitados por TEBEX S.A relativos a la gestión de bajas de Doña **A.A.A.**, los representantes de la entidad indican que Doña **A.A.A.** no es trabajadora de CAPRABO desde el 17 de junio de 2014, por lo que no constan datos en los ficheros de personal.

No obstante, a causa de la celebración de un juicio de despido, iniciado en 2014 que afectó a Doña **A.A.A.**, el 4 de septiembre de 2015 los datos relativos a la gestión de bajas fueron requeridos a instancia de CAPRABO a TEBEX a través del Juzgado de los Social ***Nº.1 y TEBEX lo aportó al expediente judicial como prueba documental en cumplimiento del requerimiento efectuado por el Juzgado y es donde figuran los antedichos datos.

Los representantes de TEBEX expusieron lo siguiente:

En sus ficheros no consta que la reclamante sea empleada en la actualidad de CAPRABO, S.A., si bien esta entidad ha contratado con TEBEX el servicio de verificación de la justificación médica de las bajas de sus empleados, al amparo del

artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores.

La labor de TEBEX no es asistencial, sino pericial. Los empleados de CAPRABO, y por tanto la reclamante, no son pacientes de TEBEX; se realiza una labor pericial sobre la justificación de sus bajas como encargados del tratamiento por cuenta del empresario al amparo del artículo 20. 4 ET.

Se ha procedido al desbloqueo de los datos de la reclamante para atender al requerimiento de información de la Agencia Española de Protección de Datos, ya que los datos de cualquier empleado que causa baja en su empresa son bloqueados.

La denunciante interpuso una demanda laboral y el Juzgado social requirió a TEBEX la aportación de la información ahora requerida también por la AEPD.

Aportan copia impresa que ha figurado en sus ficheros, información que asimismo fue aportada al Juzgado laboral. En ella figura que los datos personales de los que dispone de la reclamante son los concernientes a:

- datos de filiación necesarios para prestar nuestro servicio a CAPRABO.
- datos de contacto necesarios para prestar nuestro servicio a CAPRABO.
- datos y fechas administrativos y laborales de la persona necesarios para prestar nuestro servicio a CAPRABO.

Para valorar la justificación de una baja, pueden disponer de datos de salud del empleado, siempre que el empleado lo haya consentido expresamente y habiendo sido debidamente informado de la finalidad de dicha labor. En todo caso, dicha información de salud no será revelada a la empresa. Únicamente formará parte del acervo interno de TEBEX para poder emitir su opinión pericial oportuna.

La afectada consintió expresamente el tratamiento de sus datos de salud, de forma verbal, en fecha 16 de abril de 2013, aportando una grabación telefónica del consentimiento. En la audición de la citada grabación no se indica la fecha si bien el interlocutor acepta expresamente el tratamiento de sus datos para la gestión de la baja laboral.

En la baja posterior, de fecha 28 de mayo de 2014, la reclamante mantuvo una conversación telefónica con el médico valorador de TEBEX, Dr. **B.B.B.**, no acudiendo a ninguna de las citas en consulta, por lo que no se recogieron datos de salud de esta persona. No obstante, el médico valorador opinó pericialmente que dicha persona, por lo que pudo apreciar de ella a lo largo de la llamada, podía estar incurso en un estado de ansiedad.

En consecuencia "estado de ansiedad" es una opinión pericial del médico valorador, no un dato de salud de la interesada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece:

“Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.”

III

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de noviembre de 2000, consiste en *un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)* (F.J. 7 primer párrafo).

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

El artículo 7 de la LOPD establece el régimen específicamente protector diseñado por el legislador para aquellos datos personales que proporcionan una información de esferas más íntimas del individuo, a los que etiqueta bajo la denominación común de “Datos especialmente protegidos”. Para las diversas categorías de éstos el precepto citado establece específicas medidas para su protección. En el supuesto específico de los datos de salud, el legislador español siguiendo al europeo (artículo 6 del Convenio 108/81 Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal) y al de la Comunidad Europea (artículo 8 Directiva 95/46 CEE de 24 de octubre de 1995) los considera como especialmente protegidos, o sensibles, en la denominación europea o comunitaria y prevé que sólo puedan ser recabados, tratados y cedidos, cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente (artículo 7.3 LOPD). Ello quiere decir que sólo en estos supuestos específicos dichos datos podrán ser tratados. No obstante lo anterior, el artículo 8 la Ley Orgánica 15/99 establece que las instituciones y centros sanitarios, y los profesionales correspondientes podrán tratar sin consentimiento datos relativos a la salud de las personas que a los mismos acudan o hayan de ser tratados en ellos, de acuerdo con “la legislación estatal o autonómica”.

El artículo 7.2 de la LOPD exige para el tratamiento de datos especialmente protegidos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias el consentimiento expreso y escrito del afectado. El artículo 7.3 reitera, para el tratamiento

de los datos de salud la exigencia de consentimiento expreso del afectado, pero no la relativa a que deba constar por escrito. Cabe, en consecuencia, admitir la posibilidad de que la manifestación del consentimiento expreso no conste por escrito.

Sin embargo, esta posibilidad debe ponerse en relación con los elementos que integran la definición de consentimiento recogida en el artículo 3. h) de la LOPD; a saber, que sea una manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada. De ellos resulta particularmente relevante este último extremo – que sea informada – pues sin él difícilmente concurrirán otros como que sea inequívoca y específica.

La LOPD concreta el elemento informativo para la prestación del consentimiento en la regla general del artículo 5.1 conforme al cual *“Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”.

La letra a) del artículo transcrito menciona específicamente que debe informarse de la finalidad de la recogida de los datos, la cual, según el artículo 4.1 de la misma norma debe ser *“determinada, explícita y legítima”*.

La LOPD incorpora a su artículo 7, apartado 6 una excepción al disponer *“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 tratamiento 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 esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.”

El precepto transcrito viene pues a posibilitar que todos los datos que se consideran en los apartados 2 y 3 anteriores del mismo artículo como especialmente protegidos, entre los que se encuentran los relativos a la salud, puedan ser tratados sin las exigencias especiales de protección que al respecto se señala. En el caso concreto de los datos de salud sin la exigencia del consentimiento expreso del afectado o sin que una Ley así lo disponga por razones de interés general (art. 7.3). Pero el régimen excepcional del art. 7.6 requiere la concurrencia de dos requisitos: a) que el tratamiento de dichos datos *“resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la*

prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios”; así como en el supuesto de que el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona cuando el afectado esté incapacitado, según precisa el segundo párrafo del propio art. 7.6 y b) que el tratamiento de datos se realice por un profesional o por otra persona obligada a equivalente secreto.

A este respecto, la Sentencia de la Sección 1, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número de Recurso 1271/2000, de fecha 12 de abril de 2002, señala que *“La prestación del servicio médico realizado por los facultativos de SADES, S.L. (empresa que realiza un trabajo muy similar a TEBEX) 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 precisa el consentimiento del afectado.

IV

Respecto del tratamiento de datos de salud para el control de absentismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/1999, de 8 de noviembre, declara que la existencia de diagnósticos médicos en una base de datos sobre *“absentismo con baja médica”*, cuya titularidad corresponde a la empresa, vulnera el derecho del recurrente en amparo a su intimidad, concluyendo el Tribunal que el tratamiento y conservación del diagnóstico médico en la mencionada base de datos sin mediar el consentimiento expreso del afectado incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales se contiene en el artículo 53 de la Constitución.

Excluida la habilitación basada en el artículo 7.6 de la LOPD para el tratamiento de datos de salud con la finalidad de controlar el absentismo laboral, debe analizarse si TEBEX obtiene el consentimiento expreso de los afectados a los que realiza seguimiento de IT.

Caprabo tiene contratado con TEBEX, la realización de citaciones, revisiones médicas, control y seguimiento de la IT, estando incluidas cuantas pruebas complementarias sean necesarias. Todo ello, tendente a determinar la evolución de los procesos de incapacidad temporal para el personal.

Cuando un trabajador inicia un período de IT se le envía una notificación de citación médica, en la que se le informa que el reconocimiento médico y el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores. El artículo 20.4 de este Estatuto determina:

“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.”

Caprabo hace este seguimiento con personal médico de TEBEX, para lo cual tiene habilitación legal.

Los datos de salud que resulten, serán objeto de archivo por parte de TEBEX como se informa, en la que consta la leyenda informativa del artículo 5 de la LOPD y serán automatizados por profesionales sanitarios sujetos a secreto profesional.

Como se expuso anteriormente cabría admitir la posibilidad de obtener el consentimiento expreso para el tratamiento de los datos de salud, aunque no se preste por escrito, conforme al artículo 7.3 de la LOPD.

Una manifestación de este consentimiento, en las circunstancias específicas del presente procedimiento, puede ser la de permitir el reconocimiento por parte del médico acreditado, tras haber sido notificada la citación médica con toda la información ya mencionada. En el supuesto presente, TEBEX tiene una grabación telefónica de la denunciante en la que consiente el tratamiento de sus datos de salud por parte de dicha entidad.

En síntesis, Caprabo tiene contratada la prestación de servicios con TEBEX para la realización de citaciones, revisiones médicas, control y seguimiento de la IT, estando incluidas cuantas pruebas complementarias sean necesarias. Todo ello, tendente a determinar la evolución de los procesos de incapacidad temporal para el personal de la empresa. Los trabajadores que se encuentran de baja, como es el caso de la denunciante, reciben citaciones en los que se especifica detalladamente la finalidad de las mismas.

Ciertamente la denunciante fue citada en diferentes ocasiones y nunca acudió a que TEBEX le prestará los servicios que tiene contratados con su empleador, Caprabo. Si bien, tras hablar por teléfono con ella poco antes de que fuese despedida por Caprabo, recogió una anotación pericial acerca del estado en que la había encontrado.

En consecuencia, no se ha constatado ninguna infracción a la normativa de protección de datos en los hechos denunciados; Caprabo había informado de la prestación de servicios con TEBEX y esta última había informado y solicitado a la denunciante el consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos de salud.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a CAPRABO, S.A., a TEBEX, S.A., y a Doña A.A.A.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el

Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos