

# **EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA SALUD DE LOS TRABAJADORES**

Por

MARIA DEL MAR CRESPI FERRIOL  
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de las Islas Baleares

[mmar.crespi@uib.es](mailto:mmar.crespi@uib.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 52 (2019)*

**RESUMEN:** Este estudio versa sobre el régimen jurídico aplicable actualmente a los datos relativos a la salud de los trabajadores, una tipología de datos sensibles cuyo tratamiento es indispensable para la adecuada gestión de la empresa. Para empezar, se identifican algunos extremos de la regulación anterior que resultaban problemáticos, especialmente en lo que se refiere a la incapacidad temporal, y se expone por qué pueden considerarse resueltos con la entrada en vigor del RGPD. A continuación, se analiza el concepto de dato relativo a la salud que introduce dicha norma y su traslación en concreto al ámbito laboral. También se estudian las excepciones legales contenidas en el RGPD que permiten el tratamiento de dichos datos, apreciándose en este punto de forma crítica la falta de desarrollo por parte de la LOPDGDD. Por último, se aborda la aplicación a esta materia de los principios de minimización, transparencia y confidencialidad de los datos.

**PALABRAS CLAVE:** Protección de datos; privacidad; datos relativos a la salud; datos personales de los trabajadores.

**SUMARIO:** I. Introducción: los datos relativos a la salud de los trabajadores como datos sensibles y su tratamiento en la empresa.- II. La situación anterior a la entrada en vigor del RGPD.- III. El concepto de dato relativo a la salud en el RGPD.- IV. Excepciones que permiten el tratamiento de datos relativos a la salud.- V. Aplicación de los principios generales de protección de datos.

## **THE PROCESSING OF DATA CONCERNING HEALTH OF THE EMPLOYEES**

**ABSTRACT:** This paper discusses the legal framework currently applicable to personal data concerning health of the employees, a kind of sensitive data which treatment is necessary for the adequate management of any company. To begin with, it identifies some legal problems caused by the prior legislation, especially regarding temporary incapacity, and explains how they can be considered to be solved with the entry into force of the RGDP. To continue, it analyses the concept of data concerning health introduced by such norm and its appliance in the labor context particularly. The exemptions contemplated in the RGDP which permit the treatment of such data are also addressed and, it is critically appreciated how the Spanish data protection law has not interfered in this regard. At last, it studies how the principles of data minimisation, transparency and confidentiality of the personal data operate in relation to the subject matter.

**KEYWORDS:** Data protection; privacy; data concerning health; employee's personal data.

**SUMMARY:** I. Introduction: data concerning health of the employees as sensitive data and its processing in the employment context.- II. The state of play prior to the entry into force of the

GDPR.- III. The concept of data concerning health as stated in the GDPR.. IV. Derogations allowing the processing of data concerning health.- V. Application of the principles of data protection.

## **I. INTRODUCCIÓN: LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD DE LOS TRABAJADORES COMO DATOS SENSIBLES Y SU TRATAMIENTO EN LA EMPRESA**

Los datos sensibles son datos personales a los que los instrumentos nacionales e internacionales han coincidido en otorgar una protección especial por su directa conexión con determinados derechos fundamentales. Concretamente, en el marco del nuevo 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 (en adelante, RGPD) son datos sensibles los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los datos genéticos, los datos biométricos, los relativos a la salud y a la vida u orientación sexual de un individuo. Como se ve, son datos que pueden afectar a la libertad sindical, la libertad de pensamiento, de culto, el derecho a no sufrir discriminación o el derecho a la intimidad personal y familiar. La particular protección otorgada por el RGPD a los datos sensibles se concreta en la atribución a los mismos de un régimen jurídico distinto, más protector que el que rige el tratamiento de los datos “ordinarios”<sup>1</sup>. Debido al riesgo adicional que entraña, su tratamiento únicamente será posible en aquellas situaciones específicas en las que el RGPD lo autoriza<sup>2</sup>. Es decir, está prohibido con carácter general (art. 9.1 RGPD) y los supuestos en los que se permite se configuran como excepciones (art. 9.2 RGPD).

De entre todas las tipologías de datos sensibles, puede afirmarse que la se refiere a los datos relativos a la salud reviste un interés especialmente destacado en el ámbito de la empresa. Como se verá, el concepto de datos relativos a la salud es amplísimo y son mucho más frecuentes de lo que puede parecer los casos en los que la empresa trata dichos datos en relación con sus trabajadores. Desde el establecimiento por convenio colectivo de una ayuda empresarial por la compra de gafas graduadas a los trabajadores que las precisen para sí mismos o sus familiares<sup>3</sup>, pasando por la simple gestión de un

---

<sup>1</sup> Esta es una denominación que no aparece en los textos legales pero que se utilizará aquí en contraposición al concepto de datos sensibles.

<sup>2</sup> Considerando 51 RGPD.

<sup>3</sup> Vid. el art. 28 del Convenio Colectivo de ámbito de Cataluña de Ferrocarrils de la Generalitat de alta montaña (DO de la Generalitat de Catalunya de 30 de noviembre de 1994) o el punto quinto

trámite fiscal en el que se indique el grado de minusvalía reconocido al trabajador<sup>4</sup>, hasta la tramitación de un parte de baja o alta son supuestos de actividades perfectamente habituales y regulares en la empresa que suponen un tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores. La casuística es tan rica que no solo se tratan datos relativos a la salud de los trabajadores sino también de sus familiares, terceros ajenos a la empresa. Tal es el caso de la solicitud a la empresa por parte del trabajador de una reducción de jornada para el cuidado de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave del art. 37.6 del RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET ). Además, como se puede observar, en muchas ocasiones el tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores no trae causa de la decisión unilateral de la empresa sino que se convierte en una verdadera necesidad a la hora de cumplir con sus obligaciones legales y convencionales.

La mayoría de autores que han estudiado esta cuestión han otorgado prioridad, con buen criterio, al estudio de aquellos supuestos concretos de tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores con mayor relevancia desde el punto de vista cualitativo. Esto es, aquellos supuestos en los que los datos de salud manejados por el empresario son más susceptibles de causar de forma directa e inmediata un grave perjuicio al trabajador porque se acercan en mayor medida al estricto ámbito de la intimidad personal. Así, se ha estudiado en profundidad<sup>5</sup> el tratamiento de datos de salud de los trabajadores en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre , de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), en el que existe la posibilidad de examinar el propio cuerpo del trabajador o indagar en su psicología -incluso sin su consentimiento en los casos tasados por el art. 22.1 LPRL- y revelar el padecimiento de una enfermedad como el VIH u otras circunstancias socialmente estigmatizadoras, como el consumo de estupefacientes. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, además de la vertiente

---

del Acuerdo de la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Estudio del II Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Generalitat Valenciana (DO de la Generalitat Valenciana de 12 de junio de 1995).

<sup>4</sup> Es el caso de la comunicación de datos del perceptor de rentas del trabajo a su pagador. Véase al respecto el art. 88 del RD 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por RD 304/2004, de 20 de febrero, en relación con la Resolución de 3 de diciembre de 2015, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica la de 3 de enero de 2011, por la que se aprueba el modelo 145, de comunicación de datos del perceptor de rentas del trabajo a su pagador o de la variación de los datos previamente comunicados.

<sup>5</sup> Por todos, Vid. PEDROSA ALQUÉZAR, A.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, Madrid, 2005, pp. 119 y ss.; TOSCANI JIMÉNEZ, D.: *Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral*, Albacete, 2011, pp. 20 y ss. o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a la protección de datos de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Albacete, 2009, pp. 53 y ss.

preventiva, el tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores incide igualmente sobre otras muchas facetas de la administración de la empresa. Por ejemplo, la incapacidad temporal de los trabajadores es un aspecto cuya gestión regular, en principio, en nada incide sobre su intimidad, aunque, como se verá, conlleva el tratamiento de datos relativos a su salud.

Por ello, en este trabajo se opta por adoptar un enfoque más amplio que permita aportar una visión global del fenómeno del tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores<sup>6</sup>. Esto implica necesariamente tener en cuenta el tratamiento de todos los datos relativos a la salud, incluidos aquellos que resultan aparentemente inofensivos para la intimidad de los trabajadores. Ante el crecimiento exponencial de información que puede manejarse a través de las nuevas tecnologías, el riesgo no reside ya solo en que el empresario pueda acceder directamente al diagnóstico médico de un trabajador, sino también en que pueda adquirir un conocimiento muy preciso sobre su estado de salud a partir del tratamiento de los datos personales de los que dispone sobre el mismo. Así, por ejemplo, la probabilidad de padecer una enfermedad cardiovascular puede estimarse en buena medida a través de la asociación de factores de riesgo como son el sobrepeso, el tabaquismo o el nivel de sedentarismo con otros datos personales como el sexo o la edad. En principio, el conocimiento de si un trabajador fuma o practica algún deporte no tendría por qué incidir en su derecho a la intimidad personal, ya que no es algo que en nuestra sociedad se suele intentar excluir del conocimiento de los demás. No obstante, la posibilidad de tratar dichos datos de un trabajador, junto con otros de los que disponga la empresa, para calcular sin su consentimiento el riesgo que tiene de sufrir un infarto, sí que pone en serio peligro no solo la preservación de su intimidad, sino también su propia dignidad como persona.

El ejemplo al que se acaba de hacer referencia sirve para ilustrar cómo la protección de la intimidad estrictamente considerada (art. 18.1 CE) como “*ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás*” constituye una realidad en declive<sup>7</sup>, por su insuficiencia. Hoy en día se hace necesario preservar un ámbito más amplio que el de

---

<sup>6</sup> Como aquí se trata de analizar el régimen general del tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores en la empresa, procede advertir que quedan al margen de estas reflexiones los tratamientos de datos relativos a la salud que llevan a cabo los organismos gestores de la Seguridad Social y las mutuas.

<sup>7</sup> GOÑI SEIN, J.: ‘Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016’, *Revista de derecho social*, (2018), p. 21. Indica el autor que “*El reto que suponen las nuevas tecnologías de la información va más allá de la necesidad de protegerse de las indiscreciones y de la curiosidad ajena que garantiza el derecho a la intimidad. La sociedad de la información ha provocado un cambio en la concepción de la intimidad y obliga a pensar y defender lo privado de manera diferente*”.

la intimidad en sentido estricto<sup>8</sup> y que se encuadra en el marco de la privacidad como “concepto que permite a la persona conocer cómo y con qué fines se están utilizando sus datos y decidir en consecuencia con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo de su derecho a la dignidad”<sup>9</sup>. Así, la protección la privacidad viene dada por el derecho a la protección de datos, también llamado libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) y su objeto de protección es sustancialmente más extenso. Por ello se considera un derecho autónomo<sup>10</sup> cuyo régimen jurídico se debe aplicar a todos los datos personales, incluso aunque parezcan *a priori* poco comprometedores. Del mismo modo, su regulación no se limita, como la de la intimidad<sup>11</sup>, a evitar el acceso y difusión ilegítimos de información personal, sino que detalla las condiciones bajo las que debe realizarse cualquier operación sobre datos personales para evitar su utilización abusiva en sentido amplio.

Además de por no haber sido abordado desde una visión de conjunto, el problema del tratamiento de los datos de salud de los trabajadores es merecedor de un estudio como el que se presenta por el notable grado de inseguridad jurídica que ha suscitado hasta el momento. Dicha inseguridad trae causa de diversos factores que ahora se adelantan y se desarrollarán en el apartado siguiente. En primer lugar, hay que tener en cuenta que 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 (en adelante, Directiva 95/46/CE), actualmente sustituida por el RGPD, no definía el concepto de datos relativos a la salud. Así, la ausencia de una noción legal clara a nivel comunitario, generó importantes dudas en los estados miembros a la hora de aplicar la normativa de protección de datos. En segundo lugar, en el caso concreto de España, la transposición de la Directiva 95/46/CE que se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), hoy derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), fue notablemente restrictiva en lo que se refiere a las posibilidades de tratamiento de los datos sensibles en el ámbito laboral.

---

<sup>8</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: ‘El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores ¿un problema resuelto o caído en el olvido?’, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 16, (2005), consulta on line vía [www.aranzadi.aranzadidigital.es](http://www.aranzadi.aranzadidigital.es).

<sup>9</sup> GOÑI SEIN, J.: ‘Nuevas tecnologías... cit., p. 21.

<sup>10</sup> Esta circunstancia se admite hoy en día pero no siempre fue así. Vid. GARCÍA GARNICA, M.: ‘La protección de datos relativos a la salud de los trabajadores’, *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, (2000), pp. 136 y ss., que recoge los intensos debates doctrinales que provocó en un primer momento el deslinde de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos.

<sup>11</sup> Vid. art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Como se verá, el contraste entre el cariz prohibitivo de la LOPD y la necesidad empresarial de tratar con asiduidad los datos relativos a la salud de los trabajadores provocó contradicciones interpretativas y aplicativas muy destacadas, especialmente en torno a la incapacidad temporal.

En este contexto, la entrada en vigor del RGPD constituye una valiosa oportunidad para dejar atrás las incoherencias sistemáticas generadas por la normativa anterior. El RGPD supone una auténtica revisión del modelo europeo de protección de datos que afecta a los dos factores apuntados: proporciona una exhaustiva y muy útil definición de lo que debe entenderse por datos relativos a la salud e incide sobre las excepciones que permiten su tratamiento en el ámbito laboral. Un papel mucho más modesto -al menos respecto de la materia concreta que aquí se trata- juega, en cambio, en esta nueva era de la protección de datos la LOPDGDD, norma que viene a depurar el ordenamiento interno para adaptarlo a las exigencias del RGPD, así como a desarrollar algunos aspectos del mismo de forma complementaria. Ello es así, puesto que, como más adelante podrá comprobarse, el amplio margen de actuación que tenía el legislador nacional en materia de regulación del tratamiento de los datos personales de los trabajadores ha sido desaprovechado.

## II. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL RGPD

### 1. La configuración europea del concepto de dato relativo a la salud ante la ausencia de una definición en la Directiva 95/46/CE

Como ya se ha introducido, la Directiva 95/46/CE, pese a configurar los datos relativos a la salud como datos sensibles y dotarlos, por tanto, de una especial protección, no definía dicho concepto. Sí que se podían encontrar durante su vigencia definiciones de conceptos similares en otras normas que aun así pecaban de cierta redundancia que las privaba de la claridad necesaria. La Recomendación R (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa define los datos médicos como “*todos los datos personales relativos a la salud de un individuo*”, incluyendo también “*los datos que tengan una clara y estrecha relación con la salud y los datos genéticos*”. De modo similar, el apartado 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa<sup>12</sup> establece que el concepto de dato personal relativo a la salud “*incluye información sobre el estado pasado, presente y futuro, de salud mental o física de una*

---

<sup>12</sup> *Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 1981.*

persona”<sup>13</sup>. En España, el art. 5.1. g) del ya derogado RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, bebiendo de las dos fuentes anteriores, definía los datos relacionados con la salud como “*las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo*”.

A nivel comunitario, fue el ahora extinto Grupo de Trabajo del art. 29<sup>14</sup> apoyado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el que constató las importantes dudas generadas por la ausencia de una definición del concepto de datos relativos a la salud y contribuyó en mayor medida a su esclarecimiento<sup>15</sup>. En este sentido, fue muy importante para la delimitación del concepto, y especialmente significativa para el ámbito laboral, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre 2003 (asunto C-101/01, *Lindqvist*)<sup>16</sup>. La cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia la remitió un juez sueco interpellando al TJUE sobre si la mención de que un compañero de trabajo, designado por su nombre, “*se ha lesionado un pie y está en situación de baja laboral*” constituía un dato sensible por ser relativo a la salud. El TJUE respondió afirmativamente estableciendo que, teniendo en cuenta el objeto de la Directiva 95/46/CE, era preciso “*dar una interpretación amplia a la expresión datos relativos a la salud*”. A partir de dicha sentencia, el Grupo de Trabajo del art. 29 concluyó que la mera mención en un contexto laboral de que alguien se encuentra enfermo es un dato relativo a la salud<sup>17</sup>.

Siguiendo la interpretación extensiva impuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Grupo de Trabajo del art. 29 entendió que deben incluirse en el concepto de

---

<sup>13</sup> Añade además, que esta información puede referirse a una persona que esté enferma, goce de buena salud, o haya fallecido y que se incluye también la información relativa al abuso de alcohol o al consumo de drogas.

<sup>14</sup> El llamado Grupo de Trabajo del art. 29 era un órgano consultivo e independiente creado por la Directiva 95/46/CE con competencias para formular dictámenes y recomendaciones que contribuyeran a una aplicación unitaria de la Directiva. Con la derogación de la Directiva 95/46/CE dicho grupo queda extinguido para ser sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos regulado en la Sección 3 del Capítulo VII del RGPD.

<sup>15</sup> *Advice paper on special categories of data (“sensitive data”), done at Brussels, 4 April 2011, p. 10.*

<sup>16</sup> En la sentencia se trataba el caso de Bodil Lindqvist, una señora que trabajaba como catequista en una parroquia sueca. La Sra. Lindqvist realizó un curso de informática en el que tenía que crear una página web y, aprovechando la ocasión, elaboró una web informativa sobre su parroquia. En la web, hizo referencia a sus compañeros sin su conocimiento, e indicó que uno de ellos se había lesionado un pie y se encontraba en situación de baja parcial por enfermedad. La fiscalía sueca abrió un proceso contra la Sra. Lindqvist en el que se la acusaba, entre otras infracciones, de tratamiento ilegal de datos sensibles.

<sup>17</sup> *Letter of the Article 29 Data Protection Working Party to the European Commission on the scope of the definition of data concerning health in relation to lifestyle and wellbeing apps done at Brussels, 5 February 2015, Annex (health data in apps and devices), p. 2.*

datos relativos a la salud todos aquellos datos que proporcionen información sobre el estado de salud una persona<sup>18</sup>. Así, la doctrina civilista, que acogió sin reparos la amplitud del concepto<sup>19</sup>, estableció una ilustrativa clasificación en tres esferas<sup>20</sup>. Esta clasificación, además de ser trascendente a efectos del régimen jurídico aplicable al tratamiento de los datos de salud, como se verá más adelante, explica muy bien todos los datos que deben incluirse en la categoría que se analiza:

(i) En el núcleo duro de los datos relativos a la salud se sitúan los “*datos médicos*”, que en palabras del Grupo del art. 29<sup>21</sup>, son aquellos “*datos expresamente referidos al estado de salud mental o psicológica generados por un profesional en un contexto médico*” y que son comúnmente admitidos como datos relativos a la salud. Lo sería, por ejemplo, la identificación de una persona como enferma de cataratas.

(ii) Alrededor de dicho núcleo duro se sitúan aquellos datos que, aún sin serlo, tienen una estrecha relación con los datos médicos. Así, si las cataratas que sufre el individuo han derivado en ceguera y se le reconoce la condición de discapacitado, éste será también un dato relativo a la salud. Se incluiría también aquí cualquier dato del que se pudiera derivar directamente un riesgo para la salud futura de una persona, como la adicción a las drogas, el excesivo consumo de alcohol o el tabaquismo<sup>22</sup>.

(iii) Por último, estarían los datos de carácter administrativo o económico que se generan en torno a los datos médicos, aunque la vinculación con los mismos no resulte tan evidente. Siguiendo con el mismo ejemplo, se trataría tanto de los datos identificativos que cede dicha persona a la hora de acudir al oculista (nombre y apellidos o número de la tarjeta sanitaria) como los datos recogidos en una factura farmacéutica por la compra de un bastón guía.

Es importante retener que esta interpretación extensiva obedece a una razón teleológica. Al quedar configurados todos los datos relacionados con el entorno sanitario

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>19</sup> Vid., GIL MEMBRADO, C.: *La historia clínica: Deberes del responsable del tratamiento y deberes del paciente*, Granada, 2010, p. 49.

<sup>20</sup> ABERASTURI GORRIÑO, U.: *La protección de datos en sanidad*, Pamplona, 2013, consulta on line vía [www.proview.thomsonreuters.com](http://www.proview.thomsonreuters.com).

<sup>21</sup> *Letter of the Article 29 Data Protection Working Party to the European Commission on the scope of the definition of data concerning health in relation to lifestyle and wellbeing apps done at Brussels, 5 February 2015, Annex (health data in apps and devices)*, p. 1.

<sup>22</sup> *Ibid.*

como datos sensibles, este ámbito queda protegido en su conjunto. Además, así se evita el establecimiento de categorías intermedias entre los datos ordinarios y los datos sensibles que sin duda entorpecerían su adecuada gestión<sup>23</sup>. Al mismo tiempo, también es necesario comprender que la inclusión de todos los datos relativos a la salud en una misma categoría para la aplicación de un mismo régimen jurídico (el de los datos sensibles) no equivale a una equiparación total de todos ellos. Al ser tan amplia la categoría de datos relativos a la salud, incluye datos que pueden afectar de forma muy diversa al interesado. Es evidente que, con carácter general, los datos médicos son más delicados que los datos de carácter administrativo, y ello será especialmente relevante a la hora de aplicar los principios generales de la protección los datos que se tratarán en el último apartado.

## **2. La traslación del concepto al ámbito laboral interno español: especial referencia a la exclusión de los datos relacionados con la incapacidad temporal**

Por su motivación tuitiva, la misma interpretación extensiva que se ha realizado en el ámbito sanitario civil del concepto de datos relativos a la salud debería haberse trasladado al ámbito laboral. No obstante, no siempre ha ocurrido así. Se admite con carácter general que se realiza un tratamiento de datos médicos cuando se practican las diferentes tipologías de reconocimientos médicos que se dan en el ámbito laboral. Sería el caso de los reconocimientos médicos del art. 20.4 ET que se realizan con la finalidad de que el empresario verifique la existencia de la causa de salud alegada por el trabajador para faltar al trabajo. Otro claro ejemplo es también la práctica de los reconocimientos de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores del art. 22 LPRL que está obligado a realizar el empresario en función de los riesgos inherentes al trabajo. Además, no solo se ha calificado como tratamiento de datos de salud la práctica del reconocimiento de prevención, sino también la comunicación de las conclusiones del mismo al empresario<sup>24</sup>. Así, las conclusiones se situarían en la segunda esfera de datos relativos a la salud ya que hacen referencia a la aptitud del trabajador en cuanto a que exenta de riesgos para desempeñar un determinado puesto de trabajo, aunque no reflejen la concreta enfermedad o problema de salud que pueda padecer.

---

<sup>23</sup> Vid. SERRANO PÉREZ, M<sup>a</sup> M.: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Madrid, (2003), p. 411.

<sup>24</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S.: 'Confidencialidad y protección de datos en la vigilancia de la salud e los trabajadores: bases para una prevención de calidad', *Estudios Financieros: Trabajo y Seguridad Social. Recursos humanos*, nº 253, (2004), pp. 23 y 24. En el mismo sentido, Vid. GONI SEIN, J. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: 'El tratamiento de datos de salud del trabajador' en AA.VV.: *Autonomía del paciente e intereses de terceros*, Coord. M. L. ARCOS VIEIRA, Madrid, 2016, p. 206.

En cambio, no se han identificado los datos de carácter administrativo o económico como datos relativos a la salud, especialmente en lo que se refiere a los documentos relacionados con la gestión la incapacidad temporal. La postura mayoritaria mantenida hasta el momento tanto por la Agencia Española de Protección de Datos<sup>25</sup> (en adelante, AEPD) como por la doctrina laboralista<sup>26</sup> en torno a los datos recogidos en los partes de baja, confirmación y alta por incapacidad temporal es que no constituyen datos relativos a la salud si no contienen el diagnóstico médico. Por lo tanto, se observa en España un claro distanciamiento respecto de la interpretación marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso *Lindqvist* y la configuración del concepto de dato relativo a la salud por parte del Grupo del art. 29.

Esta incoherencia sistemática podría ser atribuible, al menos en parte, a una insuficiente transposición de la Directiva 95/46 /CE en materia de tratamiento de datos sensibles. Debe tenerse en cuenta que la transposición española de las excepciones a la prohibición general de tratamiento de datos sensibles contenidas en la Directiva 95/46 /CE se llevó a cabo de forma considerablemente restrictiva. La Directiva prohibía con carácter general en su art. 8, el tratamiento de los datos sensibles, pero preveía siete excepciones diferentes de situaciones en las que se consideraba que dicho tratamiento podía estar justificado. En cambio, únicamente tres de dichas excepciones fueron trasladados al texto de la LOPD: el consentimiento del interesado, la salvaguarda de su interés vital y la prevención o diagnóstico médico o la prestación de asistencia sanitaria<sup>27</sup>. Se optó por dejar fuera, entre otras, la excepción que permitía el tratamiento de datos sensibles cuando fuera “*necesario para respetar las obligaciones y derechos específicos del responsable del tratamiento en materia de Derecho laboral*”. En cierto modo, al no presentar los datos sensibles, con carácter general, una relevancia traducible en términos laborales, se presuponía que si el empresario estaba interesado en ellos era con fines antijurídicos<sup>28</sup>. Con todo, lo anterior implicaba negar la realidad empresarial en la que existe la necesidad objetiva y cotidiana de tratar datos sensibles de los

---

<sup>25</sup> Vid., por ejemplo, la Resolución de 1 junio 2009 correspondiente al Expediente N°: E/00489/2008 en la que se aplica el régimen de los datos ordinarios y no relativos a la salud a un supuesto en que una empresa remitía a otra especializada en el control del absentismo laboral una relación de los trabajadores que se encontraban en situación de incapacidad temporal (junto con otros datos personales) a efectos de que fueran controlados en virtud del art. 20.4 ET por ésta última.

<sup>26</sup> Vid. GOÑI SEIN, J. L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: ‘El tratamiento de datos... cit., p. 214.

<sup>27</sup> El art. 8 LOPD más que establecer una nueva causa distinta de tratamiento, viene a complementar el contenido del art. 7.6 LOPD, previendo una remisión general a la legislación en materia de sanidad.

<sup>28</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *El Tratamiento por la Empresa de Datos Personales de los Trabajadores. Análisis del Estado de la cuestión*, Madrid, 2005, p. 95.

trabajadores, al menos en lo que se refiere a los datos relativos a la salud, como se ha visto y ejemplificado.

La contradicción entre la necesidad de tratar datos relativos a la salud de los trabajadores para gestionar la empresa con normalidad y la prohibición cuasi absoluta de hacerlo sin su consentimiento supuso una verdadera disfuncionalidad normativa. Es posible que fuera por este motivo por el que en el ámbito laboral español se tendió, por la vía de los hechos, hacia una interpretación restrictiva del concepto de dato relativo a la salud, difícilmente conjugable con las pautas comunitarias. Se observa especialmente en lo relacionado con la incapacidad temporal que en muchas ocasiones no se consideraron como tales los datos relativos a la salud, debiendo serlo, con la presumible intención de evitar la producción de situaciones poco razonables. Así, por ejemplo, la AEPD<sup>29</sup> aplicó la regla general del art. 6 LOPD relativo a los datos ordinarios, y no el art. 7 relativo a los datos sensibles, a una situación en que la dirección de un Aeropuerto había reenviado por email el parte médico de baja de un trabajador a sus compañeros de la misma categoría, con la finalidad de que tuvieran conocimiento de que debían sustituirlo conforme a las normas de la empresa. Un parecido atemperamiento del concepto de dato relativo a la salud se aplicó a otro caso<sup>30</sup> en que la empresa compartió entre la plantilla de una zona los periodos de ausencia de aquellos trabajadores que habían estado en situación de incapacidad temporal, indicando el tipo de contingencia a que ésta se debía. Aquí sí se admitió que se estaba ante datos relativos a la salud, pero la AEPD atenuó dicha calificación precisando que se trataba de “datos genéricos”, no relativos a una enfermedad específica. Es cierto que ambas empresas deberían preferiblemente haber comunicado solamente, en el primer caso, la ausencia de un trabajador y, en el segundo, los índices de absentismo, sin indicar los motivos a los que se debían. Pero también lo es que se trataba de comunicaciones restringidas en el seno de la empresa y por motivos justificados de gestión de personal, que hubieran tenido que sancionarse si se hubiera aplicado rigurosamente la norma relativa a los datos de salud, al estar prohibido su tratamiento sin el consentimiento del trabajador.

### III. EL CONCEPTO DE DATO RELATIVO A LA SALUD EN EL RGPD

---

<sup>29</sup> Resolución del Expediente N°: E/01123/2013.

<sup>30</sup> Resolución del Expediente N°: E/01168/2016.

El primer cambio destacable que comporta el RGPD con respecto a la Directiva 95/46/CE, en relación con el problema que aquí se trata es la introducción, no solo de una definición del concepto de datos relativos a la salud, sino también de criterios que favorecen su interpretación. Se trata de un concepto amplio que trae causa de las ya mencionadas apreciaciones y recomendaciones realizadas por Grupo de Trabajo del art. 29. Según el art. 4.15 RGPD son datos relativos a la salud *“los datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”*. A su vez, el Considerando 35 aclara que dicha definición abarca los datos relativos a su *“estado de salud física o mental pasado, presente o futuro”*. Además, introduce toda una serie no cerrada de elementos ejemplificativos en los que se concreta la noción de dato relativo a la salud, siendo:

*“todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro”*.

### **1. La inevitable inclusión de los datos sobre la incapacidad temporal en el concepto de datos relativos a la salud**

La plasmación en el texto del RGPD de un concepto amplio de dato relativo a la salud vuelve improrrogable un cambio de postura tanto de la doctrina como de la AEPD que incluya en dicha categoría los datos relacionados con la incapacidad temporal de los trabajadores. El dato de que una persona está en situación de incapacidad temporal es un dato personal relativo a la salud en tanto que, conforme a lo que determina la definición proporcionada por el RGPD, da información sobre el estado de salud física o mental de una persona. Concretamente, proporciona la información de que según el criterio del facultativo del Servicio Público de Salud -o de la mutua, en su caso- el trabajador se encuentra en un estado de salud tal que le impide desarrollar las funciones principales de su puesto de trabajo y que por dicha causa se encuentra recibiendo asistencia sanitaria. Además, los partes contienen datos concretos sobre la enfermedad que sufre el trabajador como es su origen común o profesional, su duración estimada y si

se trata o no de una recaída en un proceso anterior (proceso que la empresa puede identificar perfectamente ya que se indica su fecha inicial).

En España, muy recientemente, se ha dictado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 julio de 2018<sup>31</sup> en la que la Sala de lo Civil aborda una situación en la que resuenan ciertos ecos del Caso *Lindqvist* y que apunta en esta dirección. El supuesto de hecho de la misma versa sobre una trabajadora de una empresa municipal que profirió varios comentarios en la red social Twitter, mediante un perfil de acceso abierto, en los que básicamente ponía en cuestión la situación de incapacidad temporal de un trabajador del que había sido superior jerárquica cuando se produjo la baja (si bien en el momento de realizar dichos comentarios ya llevaba varios meses fuera de la empresa). Los tuits contenían comentarios irónicos como “*no parece enfermo, no*” y algunos venían acompañados de fotografías del trabajador en actos de una campaña electoral o en eventos del mundo de la moda previamente publicadas en otras redes sociales.

En la sentencia dictada en apelación<sup>32</sup> se consideraba que la afirmación de que el actor se encontraba de baja laboral por enfermedad común, sin referencia alguna a la concreta enfermedad determinante de la baja, “*no puede considerarse como revelación de un ámbito propio o reservado*” protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar. Efectivamente, en la sociedad de internet, no le resultará complicado al lector o lectora encontrar en las diferentes redes sociales comentarios en los que compañeros de trabajo se preguntan unos a otros sobre su situación de incapacidad, con la mejor de las intenciones. Por ello, estar de baja sería un hecho difícilmente encuadrable en el concepto más tradicional de intimidad como derecho de defensa o exclusión frente al conocimiento de los demás<sup>33</sup>.

No obstante, el Tribunal Supremo, al igual que el TJUE, censura la comunicación pública de comentarios relativos a la situación de incapacidad temporal del trabajador. Entiende la Sala que la baja laboral del trabajador es una situación relativa a su salud, que constituye una información no solo íntima sino, además, “*especialmente sensible*” que la autora de los comentarios había conocido por su condición de superior jerárquica del mismo, y que carecía de legitimidad para revelar. Dicha argumentación se basa en el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución y el art. 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982), que califica como intromisión

---

<sup>31</sup> (Rec. 2355/2017)

<sup>32</sup> SAP 5/04/2017 (Rec. 921/2016).

<sup>33</sup> Vid. SERRANO OLIVARES, R.: ‘El derecho de intimidad como derecho a la autonomía personal en la relación laboral’, nº 103, (2001) consulta on line vía [www.aranzadi.aranzadidigital.es](http://www.aranzadi.aranzadidigital.es), que cita como algunas de las sentencias en las que se adopta dicha perspectiva la STC 22/04 /1993 (Rec. 190/91) o la STC 2/12 /1982 (Rec. 197/1982).

ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los da a conocer. Se observa aquí, como la Sala Primera adopta una visión más amplia del concepto de intimidad -que tal vez podría ser discutible por excesivamente flexible-, en la que puede apreciarse la influencia de la normativa en materia de protección de datos, desde el momento en que se conectan de forma prácticamente automática los conceptos de salud y sensibilidad. Sea como fuere, en este punto el Tribunal Supremo proporciona un argumento más para sostener, en la línea de lo que aquí se defiende, que no procede mantener la exclusión de los datos relacionados con la incapacidad temporal de la categoría de datos relativos a la salud. No sería coherente que estar en situación de incapacidad temporal fuera un hecho protegido por el derecho a la intimidad, por su conexión con la salud, pero no fuera un dato personal sensible, por la misma razón.

En este caso, la Sentencia del Tribunal Supremo no hace referencia al derecho a la protección de datos de carácter personal, seguramente por motivos de congruencia. Pero no cabe duda, en mi opinión, de que la demandada incurrió también en un tratamiento ilícito de datos relativos a la salud, cuya difusión venía expresamente prohibida tanto por la anterior LOPD (art. 7) plenamente vigente en el momento de los hechos, como por el RGPD (art. 9.1). En concreto, la divulgación ilegítima de información personal es una conducta que viene vedada tanto por el derecho a la intimidad<sup>34</sup> como el derecho a la protección de datos<sup>35</sup>, por lo que si se produce respecto de datos que se consideren íntimos puede producirse una vulneración de ambos derechos. En cambio, otras modalidades de tratamiento irregular de datos, como el uso para fines distintos de los asignados, deben contemplarse necesariamente bajo el marco de la protección de datos (como muestra, en el apartado 5.1. se trata un supuesto de utilización de determinada información relativa a la incapacidad temporal para el control del absentismo laboral).

## **2. El contexto del tratamiento de los datos como circunstancia determinante en caso de duda sobre su inclusión en el concepto de datos relativos a la salud**

---

<sup>34</sup> Vid. art. 7 LO 1/1982.

<sup>35</sup> Conforme a la definición del art. 4.2 RGPD la “comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso” son formas de tratamientos de datos, que como tales, deben ampararse en algún fundamento legal para ser lícitas.

En el camino europeo hacia la configuración del concepto de datos relativos a la salud y la exploración de sus fronteras, se han planteado varios supuestos interesantes que se sitúan en torno a los límites del mismo. Uno de ellos es el planteamiento de si la captación de imágenes que revelen algún tipo de información sobre el estado de salud de un individuo<sup>36</sup>, por ejemplo llevando gafas o con una pierna escayolada, supondría un tratamiento de datos relativos a la salud. Ello sería de interés para el Derecho del Trabajo porque tendría importantes efectos sobre el régimen jurídico aplicable en materia de videovigilancia laboral. Supondría que desde el momento en que las cámaras de una empresa captaran imágenes de dicho tipo, estas imágenes deberían regirse por las normas relativas a los datos sensibles. Se trata de una reflexión que no parece haber traspasado el plano teórico (no es un argumento que se haya esgrimido ante los tribunales laborales españoles), pero que el RGPD ha aclarado, al menos por vía indirecta. Se afirma en el Considerando 51 que “*El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales*”. Muy recientemente, esta misma aseveración ha sido desarrollada en un documento del Consejo de Europa<sup>37</sup> en el que se esclarece que el contexto del tratamiento de las imágenes se vuelve relevante en caso de duda a la hora de determinar la naturaleza sensible de los datos. Así, la captación de fotos o vídeos que revelen algún tipo de información sobre la salud de las personas, solo se considerará un tratamiento de datos relativos a la salud si su propósito es precisamente extraer de las mismas informaciones de tipo sanitario. De este modo, si un facultativo realiza una fotografía a la lesión de un paciente para controlar su evolución, se estaría en todo caso ante un supuesto de tratamiento de datos relativos a la salud<sup>38</sup>. En cambio, no ocurre lo mismo si las cámaras de videovigilancia de una empresa destinadas al control laboral de los trabajadores captan la imagen de alguno de ellos con una lesión visible externamente.

Una consideración similar puede aplicarse en supuestos de tratamiento de datos a través de medios tecnológicamente avanzados con la capacidad de recabar información cuya relación con la salud es, cuanto menos, algo difusa. Es el caso de los “*wearables*” o “*dispositivos ponibles*” o de los microchips subcutáneos. Los primeros son aparatos inteligentes que adoptan normalmente forma de pulseras, aunque también existen

---

<sup>36</sup> Vid. *Advice paper on special categories of data (“sensitive data”), done at Brussels, 4 April 2011*, p. 8.

<sup>37</sup> En el mismo sentido pero en el ámbito del Consejo de Europa puede verse el *Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data done at Strasbourg, 10 November 2018*, párr. 59 a 61.

<sup>38</sup> Similarmente, véase la Guía de la AEPD sobre el uso de videocámaras para seguridad y otras finalidades, de 28 de junio de 2018, p. 44.

modelos en forma de cinturones, gafas, collares. Este tipo de tecnología se ha desarrollado principalmente en el campo del *fitness* y sirve para monitorizar variables como la actividad diaria, el ejercicio, el sueño, la nutrición y el peso de las personas. Recientemente, ha sido ya introducida en el ámbito laboral por diversas grandes empresas estadounidenses<sup>39</sup>, planteándose diferentes utilidades, tanto dentro como fuera del centro de trabajo. En el lugar de trabajo, pueden servir para medir la rapidez de los movimientos de los trabajadores o su ritmo cardíaco y detectar así puntos de mayor y menor productividad o establecer el tiempo que se tarda en realizar una determinada tarea. También pueden aportar información sobre el cansancio o el estado de ánimo del trabajador. Fuera del centro de trabajo se utilizan fundamentalmente para monitorizar programas de promoción de la salud.

Un ejemplo ilustrativo es el caso de la petrolera BP América que fue pionera en este sentido y, hoy en día, brinda a sus empleados la posibilidad de adherirse a un “*Plan de bienestar*” voluntario ofreciendo incentivos por llevar a cabo diversas actividades. Una de ellas es la superación del “*BP Million Step Challenge*” (el reto BP del millón de pasos), que consiste en otorgar una serie de “*puntos*” por cada millón de pasos caminados por cada trabajador a lo largo del año natural<sup>40</sup>. Para llevarlo a cabo, cada empleado debe comprar su propio *wearable* para monitorizar sus pasos, cuyos datos son cedidos a la empresa con la que BP ha contratado la gestión del plan.

En un principio, este tipo de datos proporcionan información sobre el estilo de vida de los trabajadores, más que sobre su salud, por lo que deberían calificarse como datos ordinarios. No obstante, la conclusión cambia cuando se tiene en cuenta que dichos datos serán tratados en el marco del plan general de bienestar, que se inicia con un cuestionario general sobre el estado de salud del trabajador y contiene otras actividades voluntarias como un examen biométrico o una revisión médica anual. Es decir, el tratamiento de la información sobre los pasos andados se realiza en un contexto general de monitorización de la salud de los empleados y, por tanto, quedará afectado por dicha finalidad. Ello es así porque el nivel de sedentarismo combinado con el resto de información recabada por la empresa puede indicar, por ejemplo, el riesgo de padecer determinadas enfermedades en el futuro. Por tanto, cuando datos aparentemente inocuos se recaban durante un periodo prolongado de tiempo, se ceden a un tercero y se

---

<sup>39</sup> Fuente: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/why-the-rise-of-wearable-tech-to-monitor-employees-is-worrying-a7508656.html> (Fecha de consulta: 13/09/2018).

<sup>40</sup> Plan de bienestar de BP America, publicado en abril de 2018: <https://hr.bpglobal.com/LifeBenefits/Sites/core/BP-Life-benefits/Employee-benefits-handbook/BP-Medical-Program/How-the-BP-Medical-Program-works/Health-Savings-OOA-Option-summary-chart/BP-Wellness-Program.aspx> (Fecha de consulta: 20/09/2018).

combinan con otros datos relativos a la salud del trabajador, deberán incluirse igualmente en el concepto de datos de salud<sup>41</sup>.

### 3. Los datos genéticos y biométricos: su intersección con los datos de salud

El RGPD ha incluido, también como novedad con respecto a la Directiva 95/46/CE, la conceptualización de dos nuevas tipologías de datos sensibles que muestran una estrecha relación con los datos relativos a la salud: los datos genéticos (art. 4.13 RGPD<sup>42</sup>) y los datos biométricos (art. 4.14 RGPD). La conceptualización independiente de dichas categorías se debe a que, aunque se trata de datos cuyo tratamiento sitúa a los interesados en una posición ciertamente vulnerable, a nivel comunitario, bajo la Directiva 95/46/CE la protección dispensada a los datos sensibles solo les era de aplicación en la medida en que era posible relacionarlos con un contexto de tratamiento de información relativa a la salud. Ello implicaba, por ejemplo, tratar como ordinarios ciertos datos genéticos, que pese a no tener relación con la salud, podían revelar información tan íntima como la filiación del interesado o la de terceros<sup>43</sup>.

En cuanto a los datos genéticos, aunque por razón de la Directiva 95/46 /CE no se consideraran anteriormente datos sensibles, su especial protección ya venía contemplada en España por la vía de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Dicha Ley exige para la realización de un análisis genético que exista una indicación médica y que se produzca un asesoramiento genético (art. 9.3), además del consentimiento informado del interesado (art. 4). Es decir, ya era descartable que los exámenes genéticos pudieran ser exigidos por las empresas para valorar la idoneidad de sus empleados o candidatos a puestos de trabajo, salvo supuestos excepcionales y restringidos en beneficio del trabajador<sup>44</sup>. Por ello, la nueva configuración por el RGPD de los datos genéticos como datos sensibles, es coherente con la protección que ya les dispensaba nuestro ordenamiento interno, de manera que no supone un gran cambio en el ámbito laboral.

Por su parte, los datos biométricos son datos obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico y normalmente relativos a las características físicas de un individuo

---

<sup>41</sup> *Letter of the Article 29 Data Protection Working Party to the European Commission on the scope of the definition of data concerning health in relation to lifestyle and wellbeing apps done at Brussels, 5 February 2015, Annex (health data in apps and devices)*, p. 3.

<sup>42</sup> Complementado por el Considerando 34.

<sup>43</sup> *Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data done at Strasbourg, 10 November 2018*, párr. 57.

<sup>44</sup> ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F.: 'Datos genéticos y la investigación biomédica', en AA.VV.: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Dir. A. TRONCOSO REIGADA, Madrid, 2010, p. 698.

que permiten su identificación única<sup>45</sup>, como imágenes faciales o huellas digitales. A diferencia de los datos genéticos, la utilización de este tipo de datos sí venía siendo más frecuente en el ámbito laboral<sup>46</sup>. Por ello, su nueva configuración como datos sensibles es muy relevante, ya que representa un cambio en el régimen jurídico que les es aplicable. Es decir, de ahora en adelante deberán regirse por las reglas relativas al tratamiento de datos sensibles y no las relativas al tratamiento de datos ordinarios. Lo anterior puede tener implicaciones importantísimas, por ejemplo, para los sistemas de control de la jornada laboral de los trabajadores basados en su identificación mediante su huella digital. Sin embargo, estas nuevas implicaciones no se tratarán ahora por rebasar el objeto de este estudio.

Lo más importante aquí es tener en mente que los conceptos de datos genéticos y biométricos no excluyen la aplicación de la noción de dato relativo a la salud. Esto significa que existen áreas de superposición entre los mismos. Así, por ejemplo, una imagen del iris del ojo es un dato biométrico que sirve para la identificación única de un individuo pero que, a la vez, puede revelar circunstancias que afectan a su salud, como el consumo de estupefacientes. Por ello, en el momento en que se traten datos genéticos o biométricos en un contexto sanitario o con el propósito de extraer información sobre la salud, les serán aplicables las consideraciones que aquí se exponen.

#### **IV. EXCEPCIONES QUE PERMITEN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD**

Se ha comentado más arriba que la transposición de la Directiva 95/46 /CE por la LOPD fue especialmente restrictiva en lo que se refiere a las habilitaciones legales que permitían el tratamiento de datos sensibles. Pues bien, la situación cambia con la entrada en vigor del RGPD, no porque éste represente una mutación radical en la materia que aquí se trata respecto de la Directiva, sino más bien por la variación de la naturaleza jurídica de la norma europea. Al pasar de una directiva a un reglamento europeo, las excepciones legales habilitantes para el tratamiento de datos que no habían sido acogidas por el legislador español, devienen ahora directamente aplicables y

---

<sup>45</sup> Art. 4.14 RGPD.

<sup>46</sup> Vid. GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: 'El control biométrico de los trabajadores', *Información laboral*, nº 3, (2017) y GOÑI SEIN, J.: 'Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, internet, videovigilancia y controles biométricos', *Justicia Laboral*, nº 39, (2009).

vinculantes<sup>47</sup>. Se incorpora, por tanto, a nuestro ordenamiento una excepción tan relevante para el ámbito social como es la habilitación para tratar datos sensibles en virtud de obligaciones o derechos específicos establecidos por el Derecho laboral o de la Seguridad Social, incluidos los establecidos por convenio colectivo (art. 9.2.b RGPD) y se mantiene, con la introducción de algún matiz, otra ya existente para tratarlos cuando sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral (art. 9.2.h RGPD).

### **1. El tratamiento para el ejercicio de obligaciones o derechos específicos establecidos por el Derecho Laboral**

El art. 9.2.b RGPD permite el tratamiento de datos sensibles que sea “*necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros*”. Antes que nada, procede advertir un error en la traducción al español del fragmento que se acaba de reproducir, ya que falta una conjunción disyuntiva o alternativa. En realidad, las obligaciones y derechos específicos en que se base el tratamiento pueden estar recogidos en el Derecho de la Unión “o” de los Estados miembros<sup>48</sup>.

Más allá de precisiones lingüísticas, puede decirse que la incorporación del art. 9.2.b RGPD comporta una cierta normalización del tratamiento de los datos relativos a la salud en la empresa. Así, se eximirá al empresario del deber de acreditar ante las autoridades competentes<sup>49</sup> que un trabajador ha prestado su consentimiento para el tratamiento de sus datos relativos a la salud, en casos cuyo tratamiento está claramente amparado por una Ley. Piénsese simplemente en la contratación de un trabajador discapacitado en un centro especial de empleo<sup>50</sup> o en una empresa ordinaria cuando es a efectos de cumplir con la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> El art. 288, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que: “*El reglamento tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*”.

<sup>48</sup> La versión original inglesa contiene dicha conjunción: “*where Union or Member State law*”.

<sup>49</sup> Considerando 42 RGPD.

<sup>50</sup> Art. 4 del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

<sup>51</sup> El art. 42 RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social establece la obligación de todas las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad.

Es importante destacar que no todo tratamiento de datos relativos a la salud en un contexto laboral podrá ampararse en el art. 9.2.b RGPD. Nótese que la excepción se refiere únicamente a derechos y obligaciones “*específicos*” reconocidos por la normativa laboral. Ello significa que debe tratarse de una habilitación normativa concreta y determinada de la que claramente se pueda deducir una autorización para el tratamiento de datos sensibles, como es el caso de los ejemplos del párrafo anterior. Este uso necesariamente preciso que debe hacerse del art. 9.2.b RGPD se pone especialmente de relieve si lo comparamos con la habilitación general que contiene el RGPD para el tratamiento de datos ordinarios que se utiliza en el contexto laboral. El art. 6.1.b RGPD contiene la habilitación legal que permite el tratamiento de los datos personales (ordinarios) del trabajador sin su consentimiento. Indica su texto que el tratamiento de los datos será posible cuando sea “*necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales*”. Se observa, contraponiendo ambos preceptos, que la necesidad de ejecutar el contrato de trabajo es una habilitación mucho más flexible y dinámica que la que deba basarse en el cumplimiento de un deber u derecho específicamente contenido en una norma.

Para que sirva de ejemplo, se pueden comparar distintos tipos de información que se recaban sobre un candidato en el curso de los procesos de selección, que no se encuentran expresamente regulados en nuestro Derecho interno. Así, la recogida de información sobre la titulación académica de un candidato a un puesto cualificado es inherente a la propia naturaleza de la relación laboral y por ello, dichos datos ordinarios pueden tratarse sin necesidad de recabar su consentimiento expreso (art. 6.1.b RGPD). En cambio, los obtenidos mediante tests de personalidad se consideran datos relativos a la salud<sup>52</sup> porque a partir de los mismos se pueden conocer aspectos del estado de salud psicológico del aspirante. En consecuencia, como no existe con carácter general una norma que regule un derecho específico del empresario que le permita recabar dichos datos, nunca podrían tratarse sin el consentimiento del interesado en virtud del art. 9.2.b RGPD.

Un cambio importante que introduce el RGPD con respecto a la configuración que se hacía de esta misma excepción en la Directiva 95/46/CE (art. 8.2.b) y que no puede pasar inadvertido es la remisión al convenio colectivo, al que sitúa al mismo nivel que la Ley a la hora de establecer habilitaciones para el tratamiento de datos sensibles. El propio RGPD aclara<sup>53</sup>, además, que dicha remisión se realiza sin limitación de rango, incluyendo también los convenios de empresa. Esta habilitación normativa es

---

<sup>52</sup> Vid. GIL MEMBRADO, C.: *La historia clínica...* cit., p. 52.

<sup>53</sup> Considerando 155.

especialmente trascendente en España, donde los convenios colectivos gozan de eficacia normativa y personal general, y su capacidad de incidencia en el terreno de los derechos o intereses individuales de los trabajadores “no puede en modo alguno negarse (...) pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva”<sup>54</sup>.

## 2. El tratamiento con fines de medicina preventiva o laboral

El art. 9.2.h RGPD prevé la posibilidad de tratar datos sensibles cuando sea “necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros”. A diferencia de la anterior, esta habilitación no representa un cambio con respecto a la Directiva 95/46/CE ni a su transposición a la LOPD. Tanto la primera en su art. 8.3 como la segunda en su art. 7.6 permitían el tratamiento de datos de salud cuando fuera necesario “para la prevención o para el diagnóstico médicos”. Aunque el RGPD añade una referencia explícita a la medicina laboral que no se encontraba en las normas anteriores, éstas ya venían utilizándose para amparar el tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Se mantiene además una condición o garantía adicional en el art. 9.3 RGPD destinada a reforzar la protección de su confidencialidad, por la que el tratamiento deberá realizarse por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional o, bajo su responsabilidad, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

Tal vez una diferencia de matiz valorable positivamente sea que la referencia del art. 7.6 LOPD contenía una habilitación muy general (característica que había sido criticada<sup>55</sup>) y en cambio, el nuevo art. 9.2.h RGPD contiene una remisión legal expresa al Derecho de la Unión o de los Estados miembros. Esto significa en lo que aquí importa que, a partir de ahora, la licitud del tratamiento de los datos de salud con fines preventivos está expresa y directamente conectada con la LPRL. Es decir, cualquier infracción de la LPRL relacionada con la recabación o uso de información relativa a la

---

<sup>54</sup> STC 30/04 /1985 (Rec. 170/1983).

<sup>55</sup> Este precepto había recibido numerosas críticas doctrinales por su confusa y abierta redacción. Por ejemplo, DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: ‘Datos de carácter personal relativos a la salud: Una obligada remisión a la normativa del sector sanitario’, en AA.VV. *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Dir. A. TRONCOSO REIGADA, Madrid, 2010, p. 714, ponía de manifiesto su contradicción con la normativa nacional y del Consejo de Europa que establece que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente requiere su consentimiento libre y voluntario.

salud comportará también automáticamente una infracción de la normativa en materia de protección de datos personales.

### 3. El consentimiento del trabajador

El mero establecimiento por el RGPD de las dos excepciones expuestas ya relegaría el consentimiento de los trabajadores a un segundo plano al hablar del tratamiento de datos relativos a su salud en el ámbito laboral. Pero además, a esta circunstancia se le añade el hecho de que el RGPD tiende hacia una configuración más prudente del consentimiento, que incide en el plano laboral. Así, aunque los elementos fundamentales del consentimiento contenidos en la Directiva 95/46 /CE permanecen<sup>56</sup>, la introducción de previsiones como las que a continuación se relacionan pone de manifiesto que el concepto de consentimiento ha evolucionado. De un lado, el art. 7.2 RGPD permite entender viciado el consentimiento prestado en un documento escrito que también se refiera a otros asuntos si no se presenta de forma que se distinga claramente. En el caso del contrato de trabajo, ello implica que el tratamiento de datos personales del trabajador, de ser el caso, debería pactarse en una cláusula fácilmente identificable con un lenguaje claro y accesible<sup>57</sup>. Del mismo modo, conforme al art. 7.4 RGPD, a la hora de valorar si el consentimiento se ha prestado libremente, se tendrá en cuenta si la celebración del contrato de trabajo se ha supeditado a la autorización para tratar datos personales que sean innecesarios para su ejecución. Dicho de otro modo, el trabajador debe de poder firmar el contrato de trabajo oponiéndose a las cláusulas referentes al tratamiento de sus datos con las que no esté de acuerdo, especialmente si se refieren a datos ajenos a la relación laboral.

Estas garantías, contempladas desde el punto de vista del Derecho Laboral español, entroncan directamente con el deber del empresario de actuar de buena fe en sus relaciones con el trabajador<sup>58</sup>. Este deber, además, se debe aplicar con especial intensidad<sup>59</sup> en el caso de cualquier actuación que pueda afectar a los derechos

---

<sup>56</sup> El consentimiento define en el art. 4.11 RGPD como “*toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*”.

<sup>57</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: ‘El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento Europeo 2016/679’, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos, nº 423, (2018), p. 31.

<sup>58</sup> Vid. desarrollando el contenido de dicho principio MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, p. 80; GIL Y GIL, J: *Principio de buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, 2003, p. 257

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Valencia, 2015, p. 138.

fundamentales de los trabajadores. Por ello, dichas obligaciones pueden entenderse como manifestaciones específicas de un principio general del derecho con un alcance más amplio, que censura con carácter general cualquier tipo de obtención deshonesto o desleal del consentimiento del trabajador para el tratamiento de sus datos.

Por otra parte, el Considerando 43 establece que *“para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, éste no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento”*, poniendo como ejemplo la posición de las administraciones públicas frente a los ciudadanos. A este respecto, el Grupo de Trabajo del art. 29<sup>60</sup>, considera que dicho desequilibrio se materializa igualmente de forma natural en el ámbito laboral, por lo que, *“dada la dependencia inherente a la relación empresario-trabajador es improbable que el interesado pueda denegar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales sin experimentar el miedo o el riesgo de que dicho rechazo tenga efectos nocivos para él”*. No obstante, continúa el dictamen especificando que ello no implica que el consentimiento de los empleados nunca pueda ser válido, sino que lo será si se asegura que la no prestación del consentimiento no tendrá *“ninguna consecuencia perjudicial en absoluto”*.

De lo anterior, algún autor<sup>61</sup> ha deducido que se prohíbe como regla general la utilización del consentimiento como base legal para tratar los datos personales de los trabajadores, opinión de la que personalmente discrepo. A mi modo de ver, no puede ignorarse que el desequilibrio entre las partes de la relación laboral por el que se preocupa el Grupo de Trabajo, se encuentra precisamente en el propio origen y razón de ser del Derecho del Trabajo, que se ha ocupado de establecer mecanismos para compensarlo<sup>62</sup>. De hecho, los trabajadores deben poder ejercer siempre su derecho fundamental a la autodeterminación informativa sin tener que soportar ninguna *“consecuencia perjudicial en absoluto”* porque forma parte de su contenido esencial. En

---

<sup>60</sup> *Guidelines on consent under Regulation 2016/679, Adopted on 28 November 2017 as last Revised and Adopted on 10 April 2018*, p. 7.

<sup>61</sup> TODOLÍ SIGNES, A.: ‘La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación *online* y protección de datos’, Estudios financieros: Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, nº 428, (2018), pp. 72 y 81. El autor considera que, *“desde la entrada en vigor del RGPD, no será posible, como regla general, fundamentar un tratamiento o recolección de datos de los trabajadores basado en el consentimiento”*.

<sup>62</sup> En este caso, el mecanismo adecuado ante cualquier actuación del empresario que pretenda condicionar el derecho del trabajador a la protección de datos puede ser el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los arts. 177 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, entre otras<sup>63</sup>, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2004<sup>64</sup>, en la que ordena la “*eliminación absoluta*” -es decir, la nulidad de todos los efectos provocados por cualquier vulneración de un derecho fundamental del trabajador por parte del empresario, vulneración que sin duda se produce si se trata de coartar el derecho del trabajador al ejercicio de su autodeterminación informativa. Por ello, instaurar una presunción general de que todos los trabajadores, a la hora de decidir sobre sus datos personales, están condicionados por el temor a futuras represalias, significaría reconocer poca credibilidad a la eficacia tuitiva del Derecho del Trabajo. En su lugar, me parece más razonable la idea reflejada en la ley federal alemana de protección de datos por la que se establece que la eventual falta de libertad del trabajador para decidir sobre el tratamiento de sus datos deberá apreciarse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto<sup>65</sup>.

Teniendo presente en todo momento el derecho de todo trabajador a su indemnidad ante el ejercicio de su derecho a la autodeterminación informativa, puede ser recomendable tomar medidas específicas que contribuyan a reforzarlo. En este sentido apunta el propio RGPD, que en su Considerando 155 permite a la negociación colectiva establecer normas específicas en relación con “*las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador*”. Asimismo, para asegurar la libertad del trabajador a la hora de decidir sobre el tratamiento de sus propios datos personales, tal vez sería bueno prever expresamente en la Ley una garantía de indemnidad similar a la contenida en el art. 12.4.e) ET<sup>66</sup> destinada a reafirmar que los trabajadores que se nieguen al tratamiento de sus datos personales no pueden sufrir ningún tipo de trato desfavorable. Esta eventual previsión, además, iría en la línea de lo exigido por el RGPD que dispone que las normas laborales que permitan el tratamiento de datos sensibles deben contener “*garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado*” (art. 9.2.b *in fine*).

---

<sup>63</sup> Similarmente, y en lo que respecta específicamente el derecho fundamental a la protección de datos puede verse también la STC 11/02 /2013 (Rec. 10522/2009).

<sup>64</sup> (Rec. 1322/2000).

<sup>65</sup> Esta regla se contiene con carácter general en el art. 26.2 de la *Bundesdatenschutzgesetz* de 30 de Junio de 2017 (BGBl. I S. 2097) que además dispone que dicha libertad se presume en el caso de que el tratamiento se asocie a la concesión de alguna condición beneficiosa para el trabajador o a la persecución de un interés compartido entre ambas partes del contrato de trabajo. Asimismo, en el punto tercero del mismo art. se contempla expresamente la aplicación de esta norma a los datos sensibles de los trabajadores.

<sup>66</sup> “*La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1.a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión*”.

Por todo ello, por ejemplo, retomando lo dicho sobre los *wereables* en el apartado anterior, un empresario puede ofrecer a sus trabajadores un programa de valoración y mejora de su salud que pueda contribuir igualmente a incrementar la productividad de la empresa. En este caso, el tratamiento de sus datos sensibles se basaría en su consentimiento (art. 9.1.a RGPD). Eso sí, el sometimiento a un programa de dicho tipo debe ofrecerse de buena fe, siendo totalmente voluntario y de manera que el empresario no pudiera tener acceso a los datos relativos a la salud de los trabajadores<sup>67</sup>.

Por otra parte, de lo que no cabe duda, es que una interpretación sistemática de los arts. 9.2.a y 9.2.b RGPD permite otorgar validez al consentimiento del trabajador para el tratamiento de sus datos sensibles en aquellos casos en los que la propia Ley o el convenio lo contemplan expresamente. Es decir, el consentimiento del trabajador puede fundamentar legalmente el tratamiento de sus datos en aquellos casos en que una norma hace recaer la posibilidad de que se traten dichos datos sobre la propia voluntad del trabajador, confiando en que ésta se ejerce libremente. Por ejemplo, deberá ser válido el consentimiento del trabajador para el tratamiento de los datos relativos a su salud, que es necesario para la realización de los reconocimientos médicos del art. 20.4 ET, puesto que la propia Ley le reconoce capacidad para negarse al ejercicio de tal facultad de control al establecer que *“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”*.

En cuanto a la forma en que deba manifestarse el consentimiento del trabajador en aquellos casos en que se considere una excepción válida para el tratamiento de los datos relativos a su salud, el RGPD no introduce ningún cambio respecto a la Directiva 95/46/CE, ya que sigue disponiendo que debe ser *“explícito”*. Tampoco supone una variación con respecto a la LOPD porque, aunque hablaba de consentimiento *“expreso”*, puede considerarse un sinónimo. Que el consentimiento sea explícito significa que se da mediante un acto afirmativo claro que refleja una manifestación de voluntad libre, específica e informada como una declaración por escrito o verbal<sup>68</sup>. No obstante, esta segunda opción no parece la más idónea si no se graba o se registra de algún modo, ya que sobre el responsable del tratamiento (el empresario o el sujeto en que pueda eventualmente delegar) recaerá la carga de probar que el consentimiento se ha prestado efectivamente<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Similarmente, en la *Opinion 2/2017 on data processing at work, Done in Brussels on 8 June 2017*, p. 18.

<sup>68</sup> Considerando 32 RGPD.

<sup>69</sup> Considerando 42 RGPD.

#### 4. El margen de actuación a nivel nacional: especial referencia a la LOPDGDD

Una de las notas más comentadas del RGPD es que la función uniformizadora en aras al ágil funcionamiento del mercado único que suele acompañar a los reglamentos europeos no ha imperado en este caso. El propio RGPD lo admite, en cierta manera, en su Considerando 10 al disponer que “*El presente Reglamento reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales («datos sensibles»)*”. Por ello, el RGPD ha sido comparado metafóricamente con un queso *Gruyère*, en tanto que pueden encontrarse entre sus disposiciones múltiples vacíos regulatorios, cedidos al derecho de los estados<sup>70</sup>. Pues bien, en la materia que aquí se trata, dicho “*efecto Gruyère*” es doble, porque se sitúa en un área de convergencia de dos puntos en los que se ha dejado cierto espacio para la intervención de los actores nacionales: tanto el tratamiento de datos sensibles (art. 9 RGPD), como el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral (art. 88 RGPD).

En primer lugar, respecto del tratamiento de los datos sensibles, el RGPD prevé que la intervención de los actores nacionales puede manifestarse en diversas direcciones. De un lado, es evidente que el art. 9.2.b RGPD, al remitirse al Derecho laboral nacional, le está cediendo prácticamente todo el protagonismo a la hora de configurar la excepción que contiene. Es decir, las autorizaciones concretas para tratar datos sensibles de los trabajadores se podrán encontrar principalmente en las leyes laborales nacionales y convenios colectivos. De otro lado, el art. 9.4 RGPD concede a los legisladores nacionales la potestad de mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, biométricos o relativos a la salud. Esto significa que dentro del régimen general aplicable a los datos sensibles es posible otorgar una protección específica, aún más reforzada, a los datos genéticos, biométricos y relativos a la salud. Asimismo, el art. 9.2.a RGPD proporciona a los estados la posibilidad de que puedan establecer supuestos en los que la prohibición de tratar datos sensibles no pueda ser levantada ni siquiera por el consentimiento del interesado.

En segundo lugar, respecto del tratamiento en el ámbito laboral, el art. 88 RGPD permite a los Estados miembros establecer “*normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades*” de los trabajadores en relación con el

---

<sup>70</sup> GARCÍA MEXÍA, P.: ‘La singular naturaleza jurídica del Reglamento General de Protección de Datos de la UE . Sus Efectos en el acervo nacional sobre protección de datos’, en AA.VV.: *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Dir. J.L. PIÑAR MAÑAS, p. 26.

tratamiento de sus datos personales<sup>71</sup>. Incluso parece quererse imponer aquí un verdadero mandato legislativo<sup>72</sup> en vista de que el art. 88.3 RGPD obliga a cada estado miembro a remitir a la Comisión “*las disposiciones legales que adopte*”.

Este amplio margen de actuación a nivel nacional que deja el RGPD no parece haber sido aprovechado por el legislador español. Aunque la nueva LOPDGDD se refiere en varias ocasiones al tratamiento de datos de salud no puede decirse que introduzca grandes novedades con respecto a su tratamiento en el ámbito laboral. Indica en su art. 9.2 que:

*“Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.*

*En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte.”*

El precepto reproducido viene a establecer, en lo que aquí importa, que los tratamientos de datos sensibles en el ámbito de la medicina preventiva o laboral deberán estar amparados en una norma con rango de ley. Lo anterior no aporta ninguna novación relevante con respecto a lo establecido por el RGPD, por el que, como se ha comentado, la legalidad del tratamiento de los datos de salud en el ámbito preventivo ya viene subordinada a lo establecido por la LPRL . El único matiz que introduce es la exigencia de rango de ley a la norma que habilite el tratamiento de datos sensibles para fines de medicina laboral, ya que cuando el RGPD se refiere al Derecho de los Estados lo hace en sentido amplio<sup>73</sup>. En cuanto al inciso final, cabe comentar que tal y como señala la propia exposición de motivos de la norma, es únicamente una indicación específica con la finalidad de aclarar que la referencia a la remisión a otras normas con rango de Ley, “*no solo alcanza a las disposiciones que pudieran adoptarse en el futuro, sino que permite dejar a salvo las distintas habilitaciones legales actualmente existentes*”.

---

<sup>71</sup> El Considerando 155 añade al respecto que: “*El Derecho de los Estados miembros o los convenios colectivos, incluidos los «convenios de empresa», pueden establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral...*”

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: ‘El derecho a la protección de datos personales en el contrato... cit., p. 26.

<sup>73</sup> Según el Considerando 41 RGPD, “*Cuando el presente Reglamento hace referencia a una base jurídica o a una medida legislativa, esto no exige necesariamente un acto legislativo adoptado por un parlamento, sin perjuicio de los requisitos de conformidad del ordenamiento constitucional del Estado miembro de que se trate.*”

En relación con lo anterior, procede hacer referencia a la Disposición Adicional Decimoséptima que bajo la rúbrica “*Tratamiento de datos de salud*” establece un listado de leyes que contienen preceptos que sirven como autorización para el tratamiento de datos relativos a la salud en base a algunas de las excepciones previstas por el RGPD (únicamente las correspondientes a las letras g, h, i, y j del art. 9.2 RGPD). En coherencia con la habilitación de la letra h para el tratamiento de datos sensibles con fines de medicina laboral se cita entre las mismas la LPRL. Por otra parte, es especialmente llamativo que aunque la misma letra h hace referencia también al tratamiento de datos sensibles con fines de “*evaluación de la capacidad del trabajador*” y de prestación de asistencia sanitaria se olvide el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).

Durante la tramitación parlamentaria de la LOPDGDD hubo diversas iniciativas destinadas a regular en una Ley específica el tratamiento de los datos relativos a la salud<sup>74</sup>. Sea como fuere, esta idea no prosperó y la LOPDGDD se limita a realizar modificaciones parciales de la normativa sectorial en materia de salud en sus disposiciones finales. En mi opinión, sería bueno recuperar esa idea, que representaría además una nueva oportunidad para regular el tratamiento de datos relativos a la salud de los trabajadores. Así, por ejemplo, podría prohibirse expresamente con carácter general que el empresario pueda tener acceso a los datos médicos de los trabajadores, por ser los más sensibles conforme a la clasificación de las tres esferas y afectar directamente a su intimidad, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en una sentencia que se comentará en el apartado siguiente.

Tampoco se detectan por el momento novedades relevantes en la negociación colectiva española a pesar de la llamada del RGPD. Sus escasas referencias a la protección de datos no pasan de meras remisiones a la normativa general y referencias específicas a su aplicación en materias concretas como procesos de selección, formación, así como la tipificación como falta muy grave la transgresión del Derecho de protección de datos<sup>75</sup>. En mi opinión, en vista de la inacción de la LOPDGDD, tal vez uno de los aspectos en que sería más necesaria la pronta intervención de la negociación colectiva con respecto al tratamiento de los datos de salud, sería el desarrollo del art. 20.4 ET. Téngase en cuenta que se trata de una facultad empresarial que conlleva distintos flujos de datos relativos a la salud de los trabajadores entre varios sujetos, y que

---

<sup>74</sup> Vid. enmiendas nº 26, nº 94 y nº 329 de tres grupos parlamentarios distintos en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de abril de 2018, nº 13-2.

<sup>75</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA J.: ‘El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos’, *Revista de Información Laboral*, nº 6, (2018), consulta on line vía [www.aranzadi.aranzadidigital.es](http://www.aranzadi.aranzadidigital.es).

no contiene ningún tipo de garantía específica para salvaguardar la privacidad de los mismos. Además, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de enero de 2018<sup>76</sup>, en defecto de pacto colectivo que module la forma y manera en la que debe ejercerse dicha facultad, el empresario tiene libertad para decidir al respecto.

## V. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE PROTECCIÓN DE DATOS

Como se ha visto, el RGPD ha supuesto para el ordenamiento español una ampliación de los supuestos en los que se pueden tratar datos personales relativos a la salud. Dicha extensión se hace notar especialmente en la empresa por la introducción del art. 9.2.b RGPD que permite basar el tratamiento de tales datos en derechos u obligaciones específicas dispuestas por el Derecho Laboral y de la Seguridad Social. No obstante, a mi modo de ver, esta novedad no debe percibirse en ningún caso como perjudicial para los derechos de los trabajadores. Ello es así, porque permanece en todo caso la aplicación de los principios generales del Derecho de Protección de Datos, en los que el RGPD se ratifica, y que cuentan con una eficacia reforzada en el caso de los datos de carácter sensible. Dichos principios son inderogables y no pueden incumplirse, ni siquiera con el consentimiento del interesado, circunstancia que aporta una especial garantía, que se ha valorado positivamente en el ámbito laboral<sup>77</sup>.

Aunque, sin duda, es necesaria la consideración de todos los principios generales y de su, en ocasiones renovada, configuración por parte del RGPD, en aras a la concisión, aquí se abordarán solamente aquellos principios que juegan un papel especialmente destacado en el tratamiento de datos de salud de los trabajadores.

### 1. El principio de minimización de los datos: especial referencia al acceso empresarial al diagnóstico médico como límite infranqueable

A mi modo de ver, el principio cuya aplicación gozará de mayor protagonismo en cuanto al tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores será el principio de “*minimización de los datos*” recogido en el art. 5.1.c RGPD y que establece que los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados<sup>78</sup>. Como ha señalado la doctrina<sup>79</sup>, el contenido de

---

<sup>76</sup> (Rec. 249/2016)

<sup>77</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *El Tratamiento por la Empresa...* cit., p. 87.

<sup>78</sup> Este principio equivale al anteriormente llamado “*principio de adecuación*” recogido en el art. 6.1c de la anterior Directiva 95/46/CE.

<sup>79</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Elcano, 2002, p. 122 y TRONCOSO REIGADA, A.: ‘El principio de calidad de

este principio muestra fuertes semejanzas con el principio de proporcionalidad configurado por el Tribunal Constitucional para comprobar la constitucionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental<sup>80</sup> conforme al que se valora si dicha medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito (necesidad) y si es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes jurídicos en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto).

La importancia del principio de minimización para la materia que aquí se trata deriva de las inmensas diferencias que manifiestan los datos relativos a la salud en cuanto a sus distintos grados de sensibilidad. Muestra de ello es la división de los mismos en tres esferas que se ha expuesto *supra*, en la que se clasificaban los datos en función de su calidad de datos médicos (los más sensibles) y de su proximidad con los mismos. Quiere ello decir que se incluyen en la misma tipología desde el padecimiento de un simple resfriado hasta el sufrimiento de enfermedades gravemente estigmatizantes<sup>81</sup>. Por ello, además de aplicar el principio de minimización de datos desde un punto de vista cuantitativo -recabación de la mínima cantidad de datos posible necesaria para el cumplimiento de los fines propuestos-, será muy importante contemplarlo desde un punto de vista cualitativo en atención a los diferentes grados de sensibilidad de los datos relativos a la salud. Este razonamiento se manifiesta, en alguna ocasión, ya en la propia literalidad de la legislación positiva. Así, el art. 22.4 LPRL establece que el empresario no podrá tener acceso a la información médica de los trabajadores, pero sí a las conclusiones que se deriven de los reconocimientos en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño de su trabajo. Se opta así por la comunicación de aquellos datos relativos a la salud que son menos invasivos para el trabajador, pero que permiten igualmente la consecución del fin perseguido, que es la protección de la salud del trabajador.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también sobre el principio de calidad de los datos<sup>82</sup> en relación con los datos relativos a la salud. Se trata de la Sentencia del

---

los datos', en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos*, Dir. A. TRONCOSO REIGADA, Madrid, 2010, p. 347.

<sup>80</sup> Por todas, vid. STC 16/12 /1996 (Rec. 1789/96)

<sup>81</sup> *Advice paper on special categories of data ("sensitive data"), done at Brussels, 4 April 2011*, p. 8.

<sup>82</sup> Denominación que bajo la Directiva 95/46/CE y la LOPD englobaba varios principios entre los que se encontraba el de adecuación o pertinencia, que de acuerdo con la terminología empleada por el RGPD hoy equivaldría al de minimización.

Tribunal Constitucional de 8 de noviembre de 1999<sup>83</sup>, relativa al supuesto de una empresa que colaboraba voluntariamente con la Seguridad Social y que, como tal, gestionaba la prestación sanitaria por incapacidad temporal, registrando en su base de datos informática la información relativa a las incapacidades temporales de sus trabajadores. Dicha base de datos contenía las fechas de alta y baja, la contingencia causante de la incapacidad y el diagnóstico médico de la enfermedad por la que se causaba la baja. El fichero en el que se recogían tales datos recibía el nombre de “*absentismo con baja médica*” y, por ello, el Tribunal Constitucional entendió que obedecía a la finalidad de controlar el absentismo laboral. Sobre semejante base fáctica se estimó que “*la medida adoptada por la empresa, sometida a los cánones establecidos para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, no reviste la consideración de solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin*”. Por ello, se condenó a la empresa “*a la supresión de los diagnósticos médicos consignados en la base de datos denominada absentismo con baja médica*”. En síntesis, el almacenamiento de datos relativos al diagnóstico médico de la enfermedad que daba lugar a la situación de incapacidad temporal resultaba excesivo en relación con la finalidad de controlar el absentismo laboral.

Nótese como el Tribunal Constitucional obligó a cancelar solo aquellos datos relativos a la salud más sensibles en relación con el derecho a la intimidad de los trabajadores y permitió el mantenimiento de los demás datos recogidos en los partes de baja por incapacidad temporal. Ello es adecuado puesto que el resto de datos, siendo también relativos a la salud, a la vez que revisten un grado sustancialmente menor de sensibilidad, resultan estrictamente necesarios para la gestión de la incapacidad temporal. Son datos que la empresa tiene derecho a recabar del trabajador a la hora de acreditar la situación que genera la suspensión del contrato de trabajo en beneficio del mismo, y el deber de remitir al Instituto Nacional de la Seguridad Social en el plazo máximo de tres días hábiles habiendo cumplimentado además los datos correspondientes a la empresa. Así lo determinan los arts. 7.1 y 7.2 respectivamente, del RD 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. Estos artículos representan una habilitación de la normativa interna para el tratamiento de datos sensibles de los trabajadores conforme al art. 9.2.b RGPD (la nueva LOPDGDD únicamente exige rango de Ley para las habilitaciones destinadas a permitir el tratamiento de datos sensibles con fines de medicina preventiva).

---

<sup>83</sup> (Rec. 4138/96)

Es más, el tratamiento de los datos recogidos en los partes de baja, confirmación o alta es necesario para poder cumplir con una variedad importante de facultades y deberes empresariales, más allá de la estricta gestión de la incapacidad temporal. Así, son necesarios para las labores más básicas de reorganización del personal en el momento en que se produce una baja, de acuerdo con el poder de dirección reconocido por el art. 20 ET, para ejercer la facultad de control empresarial prevista en el art. 20.4 ET conforme a la cual el empresario puede verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, para contratar eventualmente a un trabajador interino para sustituir al trabajador ausente del art. 15.1.c ET, para elaborar los índices de absentismo que conforme al art. 64.1.d ET el empresario debe ceder trimestralmente a los representantes de los trabajadores o para poder aplicar en su caso la causa objetiva de extinción del contrato del art. 52.d ET relativa a las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes. Todas las anteriores son normas que, conforme al art. 9.2.b RGPD, permiten tratar los datos relativos al a salud de los trabajadores que se contienen en los partes médicos destinados a la empresa y que nunca deberían contener el diagnóstico médico, porque en ninguno de los casos citados resulta necesario. Por ello, no lo contemplan los modelos de partes de baja por incapacidad temporal destinados a la empresa aprobados por la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio , por la que se desarrolla el RD 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 (en adelante Orden ESS/1187/2015 )<sup>84</sup>.

Con un razonamiento similar al del Tribunal Constitucional y en virtud, también, del principio de calidad, la AEPD<sup>85</sup> prohibió que una Diputación Provincial exigiera a sus trabajadores un justificante médico en el que constara la patología concreta que padecían para justificar su ausencia cuando ésta no conllevara la declaración de la incapacidad temporal. Y del mismo modo, la Agencia de Protección de datos de Madrid<sup>86</sup> prohibió que se indicara en dichos justificantes cualquier información que permitiera

---

<sup>84</sup> Ocurre lo mismo en otros países del entorno europeo como Italia. Allí el art. 6 del *Decreto Ministeriale 15 luglio 1986* (publicado en la *Gazzeta Ufficiale 24 luglio 1986, n° 170*) establece que tras el reconocimiento, el médico entregará una copia del parte médico al trabajador, y dentro del día siguiente, se transmitirán otras tres copias al Instituto Nacional de la Seguridad Social, una de las cuales, que no podrá contener ninguna indicación sobre el diagnóstico médico del trabajador se comunicará al empleador.

<sup>85</sup> Resolución R/00065/2014 del procedimiento AP/00038/2013.

<sup>86</sup> Instrucción 2/2009 de 21 de diciembre de 2009 sobre el tratamiento de datos personales en la emisión de justificantes médicos.

identificar el concreto problema de salud del trabajador, incluyendo la prueba que se había realizado o el nombre del servicio en el que se había atendido al paciente<sup>87</sup>.

Por sencilla que pueda parecer, la prohibición de que el empresario tenga conocimiento de los datos médicos del trabajador genera algunos problemas en la práctica que resultan más complejos que los anteriores. Así, se han planteado supuestos en los que el acceso por la empresa a datos relativos al diagnóstico del trabajador es necesario para la aplicación de una disposición establecida en beneficio del mismo. Muestra de ello son los dos ejemplos que se tratan en los siguientes subapartados.

#### *1.1. La mejora de la prestación económica por Incapacidad Temporal en función de la gravedad de la patología que la causa*

Como muestra de la dificultad práctica que puede alcanzar la aplicación del principio de minimización de datos cabe traer a colación otra resolución de la AEPD<sup>88</sup>. En dicha resolución, se resuelve un caso producido a raíz del RD 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuyo art. 9 limitaba los complementos a las prestaciones por incapacidad que podían ofrecer las Administraciones Públicas a sus empleados, estableciendo en el punto quinto que:

*“Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.”*

El Ayuntamiento en cuestión interpretó que la referencia a determinados supuestos de carácter excepcional podía equivaler al padecimiento una enfermedad grave. Así pues, estableció como referencia el listado de enfermedades recogido por el RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. De este modo, el padecimiento de alguna patología allí recogida

---

<sup>87</sup> También en Italia la *Corte Suprema de Cassazione* ha establecido en la *Ordinanza* 31/01/2018 nº 2367 una prohibición similar al indicar que no se debe permitir la inclusión de ninguna referencia ni directa ni indirecta al diagnóstico de la enfermedad en el parte médico dirigido a la empresa. Por ello, se considera contrario a la protección de datos indicar que el paciente será derivado a un determinado especialista (en dicho caso concreto, se indicaba que se había prescrito al trabajador una visita a un médico psiquiatra).

<sup>88</sup> Resolución R/02555/2014 del procedimiento Nº AP/00034/2014.

daría lugar a poder percibir la mejora que cubriría hasta el cien por cien de su retribución. Para verificar en cada caso si correspondía o no el pago de la mejora, se requirió a los trabajadores que aportaran al Departamento de Medicina Laboral de la corporación, junto con el parte de baja, un informe clínico que contuviera el diagnóstico médico.

La AEPD consideró que esta exigencia infringía el art. 4.1 LOPD relativo a la adecuación y pertinencia de los datos porque no se había tenido en cuenta la relación de proporcionalidad que debe mediar entre la finalidad perseguida (en este caso, determinación de la cuantía del complemento) y el tipo de datos personales que se exigían (datos relativos a la salud, concretamente referentes al diagnóstico médico). Con todo, se llegó a una solución acorde con el derecho de protección de datos de los trabajadores, proponiéndose que fuera el médico del Servicio Público de Salud el que comprobara que la enfermedad padecida por el trabajador se encontraba recogida en la lista de enfermedades graves y así lo certificara a solicitud del trabajador<sup>89</sup>.

### *1.2. La exclusión de los periodos de tratamiento por cáncer o enfermedad grave a efectos de la extinción objetiva del contrato por absentismo*

Del propio texto del Estatuto de los Trabajadores se deriva un problema en cierto modo similar al anterior, pero aún más complejo, en el que incluso la solución propuesta por al AEPD tiene un difícil encaje. Se trata de la extinción del contrato por causas objetivas del art. 52.d ET que permite extinguir el contrato de aquel trabajador que acumule un determinado número de faltas de asistencia<sup>90</sup>. Para el cálculo de los días de ausencia del trabajador se excluyen una serie de causas como las ausencias debidas a huelga o a actividades de representación legal de los trabajadores. Como novedad, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral introdujo una nueva excepción por la que se establece que “*Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*”. Esta nueva causa de exclusión resulta cuanto menos insólita desde el punto de vista del derecho a la protección de datos de carácter personal, porque presupone de algún modo que la empresa tiene conocimiento de la gravedad de la enfermedad que en cada caso ha causado la ausencia del trabajador, circunstancia prohibida por el Tribunal

---

<sup>89</sup> Esta propuesta ya se había realizado con anterioridad mediante el Informe 0186/2013 del Gabinete Jurídico de la AEPD.

<sup>90</sup> “*El veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses*”.

Constitucional en la referida Sentencia de 8 de noviembre de 1999<sup>91</sup> sobre ficheros antiabsentismo.

En este caso, la expresión “enfermedad grave” se utiliza como concepto jurídico indeterminado que permite la inclusión de cualquier proceso patológico con un grado de seriedad importante<sup>92</sup>. Esta opción del legislador se opone a la técnica de determinación reglamentaria posterior utilizada en otros supuestos similares. Un ejemplo sería el ya citado RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, que establece un listado cerrado de patologías. Parece entonces que se ha querido dejar un cierto margen de apreciación a los operadores jurídicos para interpretar el significado de la expresión en cada supuesto concreto, siempre atendiendo a criterios médico-científicos<sup>93</sup>. Es por este espacio de interpretación casuística que se afirmaba que la solución propuesta por la AEPD explicada *supra* tendría difícil encaje en este supuesto, ya que el médico no puede atenerse a un listado previamente estipulado, lo que podría dar lugar en la práctica a una gran disparidad de criterios<sup>94</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la aplicación de la excepción a la que se hace referencia crea una disyuntiva desafortunada. Por un lado, cabría la opción de que el empresario proceda a la extinción del contrato de trabajo sin conocer si concurre dicha excepción, y por tanto, sin saber si será válida. Por otro lado, tal vez se podría conceder al trabajador una especie de “trámite de audiencia” previo a la extinción para que declarase, en su caso, que toda o parte de su ausencia se ha debido al tratamiento por

---

<sup>91</sup> (Rec. 4138/96)

<sup>92</sup> Vid. la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) 11/11/2015 (Rec. 917/2015) por la que se aplica la excepción a las ausencias de un trabajador provocadas por los efectos secundarios de su medicación contra la esquizofrenia o la STSJ de Andalucía (Málaga) 13/11/2014 (Rec. 1437/2014) por la que se considera que la migraña no es una enfermedad suficientemente grave como para poder encuadrarse en la excepción en cuestión. La primera sentencia establece una apreciación interesante. Indica que la norma, al hablar de enfermedad grave no limita dicho concepto a las patologías similares al cáncer, pues este se menciona de manera puramente ejemplificativa y además se separa de la expresión “*enfermedad grave*” utilizando una conjunción disyuntiva.

<sup>93</sup> Aunque ciertamente el listado de enfermedades recogidas en el Real Decreto 1148/2011 bien podría tomarse como referencia interpretativa para la calificación como graves de las patologías contenidas en el mismo.

<sup>94</sup> La valoración de la gravedad de una enfermedad podría obedecer a factores distintos como, por ejemplo, si representa un peligro para la vida del paciente, si es crónica o degenerativa, si supone el padecimiento de fuertes dolores... Así, por ejemplo, una apendicitis puede ser una enfermedad grave desde el punto de vista de los dolores que provoca y desde el punto de vista de la urgencia con la que debe atenderse, pero hoy en día no pone en riesgo la vida de quien la sufre, con carácter general.

Piénsese, además, que si son los tribunales los que interpretan este concepto, el sistema de recursos permite garantizar una cierta uniformidad de criterios, pero en el caso de que fueran los facultativos médicos los que lo aplicaran directamente no existiría tal posibilidad.

una enfermedad grave. La primera opción resulta del todo descartable, tanto desde el punto de vista de la seguridad jurídica del empresario, como desde el punto de vista de la economía procesal. La segunda opción plantea serias dudas ya desde un punto de vista formal, porque implica la variación *de facto* del procedimiento legal previsto para la extinción por causas objetivas prevista en el art. 53 ET. Pero además, adolece de un defecto grave desde un punto de vista material como es su falta de proporcionalidad. Es de ver la falta de adecuación que existe entre el fin perseguido por la excepción y esta segunda opción, que implicaría que los mismos trabajadores aquejados por patologías de especial entidad a los que se pretende proteger de una extinción contractual, se vieran obligados a sacrificar sus derechos a la intimidad y a la protección de datos para evitar la pérdida de su puesto de trabajo. El sacrificio que se pide a los trabajadores es aún menos razonable si pensamos en la mención expresa que se hace al cáncer, una enfermedad que tiene un brutal impacto psicológico sobre quien lo padece, e incluso en ocasiones, un cierto efecto estigmatizador en el plano laboral<sup>95</sup>.

En definitiva, puede observarse como la eficacia de esta excepción se ve afectada por la poca consideración del legislador laboral hacia la normativa de protección de datos. La actual redacción del art. 52.d ET, al situar al trabajador ante un dilema por el que se encuentra forzado a revelar la enfermedad que padece para mantener su contrato de trabajo, puede considerarse contraria al derecho fundamental a la protección de datos por vulnerar el principio de proporcionalidad. Ni que decir tiene que la cesión de los datos en dichas circunstancias no cumpliría con los requisitos del consentimiento válido conforme al RGPD (art. 9.2.a) y que el art. 52.d ET tampoco sería aceptable como autorización establecida en el derecho nacional para tratar los datos personales de los trabajadores (9.2.b). Esto obligaría, en mi opinión, a un replanteamiento profundo del art. 52.d ET en su conjunto que, de algún modo, al intentar otorgar -sin éxito- una protección especial a los trabajadores que sufren enfermedades graves, está reconociendo en el fondo la dureza con la que permite tratar con carácter general a los trabajadores que se ausentan de su trabajo por motivos justificados de salud.

## 2. El principio de transparencia

Otros dos principios generales que rigen el tratamiento de los datos personales con especial relevancia para el objeto de estudio del presente trabajo son el principio de

---

<sup>95</sup> Circunstancia denunciada por los responsables de la Asociación Española Contra el Cáncer: [http://cadenaser.com/emisora/2016/03/13/radio\\_madrid/1457864857\\_968528.html](http://cadenaser.com/emisora/2016/03/13/radio_madrid/1457864857_968528.html) (Fecha de consulta 10/10/2018).

transparencia y el principio de confidencialidad. Ambos principios coinciden en que su aplicación en el ámbito de los datos relativos a la salud se superpone de forma importante, aunque parcial, con lo dispuesto por la normativa de sanidad, ya que tanto el consentimiento informado como la confidencialidad de la información sanitaria son dos de los pilares capitales sobre los que se erige la misma.

El principio de transparencia enunciado en el art. 5.1.a y desarrollado en el art. 12 RGPD, exige que para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo y tratando datos personales que les conciernen, con qué fines específicos y los derechos que les asisten frente al responsable del tratamiento, lo cual requiere la utilización de un lenguaje accesible y sencillo<sup>96</sup>. La interconexión de este principio con la legislación en materia sanitaria no puede sorprender a nadie. Es en el seno de la práctica médico-sanitaria en el que la doctrina anglosajona trató por primera vez el consentimiento informado, ámbito desde el cual se ha ido importando a diversos sectores del ordenamiento jurídico, entre los que se encuentra el de la protección de datos personales<sup>97</sup>.

Cuando se recojan datos médicos por la empresa o por parte de entidades que colaboren con la misma (como un servicio de prevención externo) se superpondrán y complementarán dos tipos de información: la relativa a las pruebas sanitarias que se vayan a realizar, contemplada en el art. 4.1 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<sup>98</sup> (en adelante, Ley de la Autonomía del Paciente), y la relativa al tratamiento de datos personales. Ambas modalidades de información se proporcionarán para la realización de reconocimientos tanto obligatorios como voluntarios, con la particularidad, en este último caso, de que una deficiente información previa puede invalidar el consentimiento prestado tanto desde el punto de vista sanitario<sup>99</sup>, como de protección de datos<sup>100</sup>. Como se ha visto, existen numerosos

---

<sup>96</sup> Vid. Considerando 39 y Considerando 58.

<sup>97</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *El Tratamiento por la Empresa...*, cit. pp. 102 y 103.

<sup>98</sup> “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.”

<sup>99</sup> En el entorno médico-laboral la importancia capital de que el consentimiento del trabajador venga precedido por la provisión al trabajador de una información adecuada, se puso de manifiesto en la STC 15/11 /2004 (Rec. 1322/2000) en la que se determinó la nulidad del despido de una trabajadora que pese a que se había sometido voluntariamente al reconocimiento médico, no había sido debidamente informada de cuál era la información buscada con los análisis clínicos a los que fue sometida, concretamente, del análisis de consumo de estupefacientes.

supuestos en los que los datos relativos a la salud que se tratan en la empresa se derivan de datos médicos recogidos fuera de ésta. En dichos casos, como es lógico, la falta de provisión adecuada de la información asistencial no será responsabilidad de la empresa. En cambio, permanecerá, en todo caso, para la empresa el deber de informar sobre el tratamiento que se dará a los datos de salud a los que tenga acceso.

La transparencia como principio general que asiste a los interesados en materia de datos relativos a su salud no se agota con la información proporcionada en el momento de su recogida sino que inspira todo su régimen. Así, el art. 18 de la Ley de Autonomía del Paciente garantiza el derecho de todo paciente a la documentación de su historia clínica, derecho que se traslada también, como no puede ser de otra forma, a la historia clínica laboral. Del mismo modo, el art. 22.3 LPRL establece que los resultados de los reconocimientos médicos serán comunicados a los trabajadores. Con un objeto más amplio, el derecho de acceso del interesado a sus datos personales del art. 15 RGPD le permite obtener del responsable del tratamiento todos los datos personales que le conciernen.

El empresario está obligado a facilitar el acceso del trabajador a sus datos en el periodo máximo de un mes desde que éste lo solicite, prorrogable por otros dos meses en caso de necesidad (art. 12.3 RGPD). Este plazo se establece con carácter general atendiendo a la complejidad técnica que puede comportar en algunos casos el manejo de cantidades ingentes de datos personales (piénsese en los gigantes tecnológicos como Google o Facebook). No obstante, en mi opinión, tal vez sería recomendable reducirlo en el ámbito laboral aprovechando la habilitación del art. 88 RGPD, que permite la adopción de medidas nacionales que proporcionen una mayor protección a los trabajadores. El plazo de un mes del que dispone la empresa para responder a la solicitud del trabajador contrasta con el principio de celeridad exigida con carácter general a los trabajadores para el ejercicio de sus derechos. Así, por ejemplo, el acceso a sus datos de salud podría facilitar al trabajador que acaba de ser objeto de una extinción contractual reparar en el posible carácter discriminatorio de dicha extinción. Pero esta particular utilidad del acceso a sus datos desaparece si la respuesta del empresario es posterior al plazo de caducidad del que dispone el trabajador para impugnar su despido.

### **3. El principio de confidencialidad**

---

<sup>100</sup> Recuérdese que uno de los elementos fundamentales del consentimiento configurado en el art. 4.11 RGPD es que sea informado.

Conforme al principio de confidencialidad e integridad, previsto en el art. 5.1.f RGPD, los datos serán tratados de manera en que se garantice su seguridad incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas. El carácter confidencial de los datos significa que éstos deben mantenerse reservados y secretos hacia personas que no tienen un interés legítimo en su conocimiento<sup>101</sup>. En el ámbito de la empresa, el interés legítimo en conocer determinados datos personales se relacionará directamente con las funciones asignadas a cada puesto de trabajo, de manera que cada trabajador deberá tener acceso únicamente a aquellos datos personales de sus compañeros que sean necesarios para cumplir con sus funciones. Así, por ejemplo, el requerimiento a un trabajador para que acuda a un reconocimiento médico de prevención de riesgos laborales debe enviarse únicamente al afectado, evitando la divulgación a compañeros que no precisan su conocimiento y que no intervienen en la gestión<sup>102</sup>. De igual modo, no pueden establecerse mecanismos de control de asistencia al centro de trabajo que hagan referencia a ausencias por motivos de salud de las que puedan tener conocimiento todos los trabajadores<sup>103</sup>.

Aunque dicho principio se aplica a todos los datos personales con carácter general, se refuerza especialmente en el caso de los datos relativos a la salud, y dentro de éstos, se modula de nuevo en función de los distintos grados de sensibilidad que revisten los mismos. Así, en el caso de los datos médicos, su confidencialidad es de grado máximo, y viene determinada no solo por su especial sensibilidad, sino también por la aplicación de la legislación sanitaria y deontológica. La Ley de Autonomía del Paciente garantiza con carácter general el derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud (art. 7), y específicamente sobre la documentación clínica, establece como regla general que solo tendrá acceso a la misma el personal asistencial (art. 16.2), limitándose el acceso del personal de administración y gestión únicamente a los datos relacionados con sus propias funciones (art. 16.5). Además, cualquier persona que tenga acceso a la documentación clínica queda sujeta al deber de secreto o de reserva sobre la misma (arts. 2.7 y 16.6 de la Ley de Autonomía del Paciente). Dicho deber de secreto viene también impuesto a los profesionales sanitarios por vía deontológica<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud...*, cit., p. 120.

<sup>102</sup> Resolución de la AEPD R/00398/2016 de 29 de febrero de 2016 correspondiente al Procedimiento N° AP/00051/2015.

<sup>103</sup> Resolución de la AEPD R/00389/2013 correspondiente al procedimiento N° AP/00029/2012.

<sup>104</sup> Capítulo V del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de Julio de 2011 y arts. 19 a 21 del Código Deontológico de la Enfermería Española.

Una vez más, la aplicación de dicho principio en el ámbito laboral se ve reflejada en el texto del art. 22 LPRL, concretamente su punto cuarto que determina que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico. Por ello, aunque el art. 23 LPRL se refiera a la conservación de la documentación clínica como una obligación del empresario, en realidad será el servicio de prevención quien asuma dicha obligación y el empresario simplemente comprobará su custodia y documentación<sup>105</sup>. La confidencialidad de los resultados entendidos como los documentos que contienen los datos personales referidos a la salud derivados de la práctica de las diferentes pruebas a las que el trabajador ha sido sometido es total, en contraste con la que se dispensa a las conclusiones que se derivan de dichos resultados, a los que pueden tener acceso el empresario y otros sujetos relacionados con la vigilancia de la salud<sup>106</sup>.

Por otro lado, aunque carece de la claridad sistemática del art. 22 LPRL<sup>107</sup>, la situación respecto del régimen del tratamiento de datos relativos a la salud en torno a la gestión de la incapacidad temporal es similar. Como ya se ha señalado *supra*, la empresa en ningún caso podrá acceder a informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal del trabajador, y mucho menos a la documentación clínica de atención primaria y especializada del Sistema de Seguridad Social<sup>108</sup>, ni tan solo en el caso de que la prestación sanitaria la gestione la propia empresa a título de colaboradora voluntaria con la Seguridad Social. Únicamente podrá acceder a las “conclusiones” a las que lleguen los facultativos que examinen al trabajador sobre su falta de aptitud (partes de baja y confirmación) o aptitud (partes de alta) para llevar a cabo su trabajo.

Asimismo, tanto el ámbito de la prevención de los riesgos laborales como el de la incapacidad temporal, tienen en común que la confidencialidad se excepciona a la hora de permitir a las autoridades sanitarias el acceso a los datos médicos (art. 22.4 LPRL y art. 8.1 RD 625/2014, respectivamente), aunque dichas autoridades y personal al servicio de la Seguridad Social quedarán obligadas a respetar el más estricto y completo sigilo respecto a los mismos, castigándose su infracción como falta disciplinaria muy grave (art. 77.3 LGSS).

En otro orden de cosas, es esencial retener que la confidencialidad de los datos relativos a la salud no es solamente un derecho de los trabajadores sino también un deber de los mismos. Esto es crucial para garantizar su preservación, ya que en la

---

<sup>105</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S.: ‘Confidencialidad y protección de datos... cit., pp. 21 y 22.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>107</sup> El art. 11 de la Orden ESS/1187/2015 únicamente contiene una remisión genérica a la LOPD.

<sup>108</sup> GOÑI SEIN, J. L. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: ‘El tratamiento de datos...’, cit. p. 216. En el mismo sentido, GARCÍA GARNICA, M.C.: ‘La protección de datos... cit., p. 159.

mayoría de supuestos son los propios trabajadores de la empresa quienes tratan los datos personales de sus compañeros. Tal y como lo configura MONZÓN PÉREZ<sup>109</sup>, el deber de protección de datos personales de los trabajadores estaría formado por dos obligaciones: el de velar por la seguridad de los datos en cuyo tratamiento participan en la ejecución de su contrato de trabajo y el de mantener la confidencialidad de los datos personales que les son confiados, incluso después de que su relación laboral se vea extinguida. A falta de una regulación específica de dicho deber, su incumplimiento será sancionado por transgresión de la buena fe contractual ex art. 54.d ET. Es más, si la infracción del deber de protección de datos se produce sobre datos relativos a la salud, la sensibilidad de dichos datos se convertirá en un importante elemento de valoración en el ámbito jurisprudencial a la hora de enjuiciar la procedencia de la sanción laboral impuesta<sup>110</sup> o incluso de la sanción penal que pueda corresponder en los casos más graves<sup>111</sup>.

Ahora bien, desde mi punto de vista, lo anterior no puede entenderse en el sentido de que pueda responsabilizarse al trabajador de cualquier imprudencia que cometa en materia de protección de datos, especialmente si es de escasa gravedad. Para ello tendrían que darse varias condiciones. En primer lugar, es claro que el deber de instaurar una política de protección de datos “desde el diseño y por defecto” (art. 25 RGPD) recae sobre el empresario como responsable del tratamiento. Este nuevo concepto introducido por el RGPD hace referencia a la necesidad de abordar la protección de datos desde una óptica de prevención de riesgos<sup>112</sup> que comporte la adopción de medidas técnicas y organizativas adecuadas para asegurar que, por defecto, los datos no sean accesibles a un número indeterminado de personas físicas. Dichas medidas deben ser adoptadas por el empresario en función de la naturaleza de los datos que se tratan (art. 25.1 RGPD), de manera que deben reforzarse en el caso de tratamiento de datos sensibles como los relativos a la salud.

En segundo lugar, en íntima conexión con el enfoque preventivo que se acaba de mencionar, tendrá un papel fundamental la adecuada formación de los trabajadores que intervengan en el tratamiento de datos personales. No cabe duda de que el cumplimiento de una normativa tan compleja técnicamente como es la de protección de datos no

---

<sup>109</sup> MONZÓN PÉREZ, H.: ‘El «deber de protección de datos personales» de los trabajadores y su transgresión’, Revista de Información Laboral, nº 2, (2017), consulta on line vía [www.aranzadi.aranzadidigital.es](http://www.aranzadi.aranzadidigital.es).

<sup>110</sup> STSJ de Galicia 23/11/2012 (Rec. 4009/2012) o STSJ de Cataluña 3/10/2014 (Rec. 4121/2014).

<sup>111</sup> STS 23/09/2015 (Rec. 648/2015).

<sup>112</sup> Vid. DUASO CALÉS, R.: ‘Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto’, en AA.VV., *Reglamento General de Protección de Datos, Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Dir. J. L. PIÑAR MAÑAS, Madrid, 2016, p. 301.

puede asegurarse de otro modo. En dicha formación tendrá un papel muy destacado el delegado de protección de datos como nueva figura creada por el RGPD, aunque su implantación no es obligatoria en todo caso<sup>113</sup>. De hecho, las dos primeras funciones que se le asignan en el art. 39.1 RGPD son (a) la de informar y asesorar a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en materia de protección de datos y (b) supervisar el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos y de la política de la empresa *“incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento”*.

---

<sup>113</sup> El art. 37.1 RGPD enumera las entidades para las cuales la designación de un delegado de protección de datos es imperativa, siendo opcional para todas las demás. Y además, el art. 34 LOPDGDD añade algunos supuestos.