

Examinada su solicitud de informe, remitida a este Gabinete Jurídico, referente al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General de Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, en materia de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúmpleme informarle lo siguiente:

Antes de entrar a analizar el texto sometido a informe es preciso señalar que, habida cuenta de la fundamentación legal del informe que inmediatamente va a evacuarse y su carácter preceptivo, a tenor de lo dispuesto en las normas que acaban de señalar, debería indicarse en la Exposición de Motivos de la norma que la misma ha sido sometida al previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.

## I

El Proyecto sometido a informe tiene por finalidad esencial la reforma del Capítulo VI del Reglamento General de Mutualismo Administrativo, ajustando el mencionado Reglamento a las previsiones contenidas en los artículos 18 a 22 del Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, en la redacción dada a los mismos por la disposición adicional séptima de Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

De este modo, se establece el régimen vigente para la regulación de las prestaciones por incapacidad temporal y por riesgo durante el embarazo y la lactancia, regulando los requisitos para la obtención de la prestación, la acreditación de la concurrencia de dichos requisitos y el seguimiento de la situación que justifica las prestaciones, así como su duración y extinción.

## II

Las normas contenidas en el Proyecto implican en general el tratamiento y cesión de los datos relacionados con la salud de los afectados que sean necesarios para el reconocimiento de la situación y la tramitación de las prestaciones derivadas de la misma. Así, el artículo 89 del Reglamento, en la versión prevista por el Proyecto establece que la concurrencia de los requisitos necesarios para la prestación de incapacidad temporal “se acreditará mediante un parte de baja que será expedido por facultativo dependiente de la Entidad o, en su caso, del Servicio Público de Salud al que figure adscrito el mutualista”, en los términos previstos en el modelo oficial que se adopte a través de la

correspondiente Orden, que deberá, a nuestro juicio, ser igualmente sometida a informe de esta Agencia.

Por otra parte, el artículo 90.1 dispone que la competencia para el otorgamiento de la licencia corresponderá al órgano de personal, que adoptará su decisión “a partir del asesoramiento que el propio parte supone”, pudiendo además recabar información procedente de las propias unidades médicas dependientes del mismo o de MUFACE, a través de las Unidades Médicas de seguimiento reguladas en el Texto Refundido, pudiendo igualmente, en caso de denegación, el mutualista “recabar de la Mutualidad general de Funcionarios Civiles del Estado una valoración del caso por las Unidades Médicas de Seguimiento”.

En cuanto a las medidas de seguimiento de la situación de incapacidad temporal, el artículo 91 atribuye esta competencia al órgano de personal, que podrá obtener el asesoramiento de las personas y entidades a las que acaba de hacerse referencia, disponiendo el apartado 3 que “el resultado del reconocimiento médico que se trasladará por la mutualidad al órgano de personal competente para expedir la licencia contendrá un informe de control que deberá pronunciarse sobre todos los extremos que justifiquen desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del mutualista afectado”.

Estas mismas previsiones son aplicables en los supuestos de situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en virtud de la remisión establecida a los artículos 90 y 91 por el artículo 99.3 del Reglamento, en la redacción dada al mismo por el Proyecto sometido a informe.

Para que los tratamientos y las cesiones y las cesiones de datos a las que se viene haciendo referencia puedan considerarse conformes a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 será necesario que se dé cumplimiento a lo previsto en su artículo 7.3, según el cual “los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente”.

Pues bien, esta habilitación, en lo que se viene analizando hasta este momento, se encontraría recogida en las previsiones del Texto Refundido resultantes de la reforma operada por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre.

Así, el artículo 19.3 prevé la posible cesión al órgano de persona derivada del asesoramiento recabado, al disponer que “Para la concesión y control de estas licencias los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal podrán hacer uso del asesoramiento facultativo propio o ajeno que consideren oportuno”

Asimismo, el tratamiento llevado a cabo para el seguimiento de la situación por parte de la Mutuality se regula en el artículo 19.4, a cuyo tenor “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado podrá ejercer el control y seguimiento de la situación de incapacidad temporal del funcionario desde el inicio de la situación mediante el reconocimiento a efectuar por las Unidades Médicas de Seguimiento de las que disponga, propias o dependientes de otras Entidades Gestoras de la Seguridad Social y Servicios Públicos de Salud con los que la Mutuality establezca acuerdos de colaboración”.

Asimismo, el artículo 20.2 dispone que “Reglamentariamente se determinarán los plazos para la presentación de los partes o informes médicos que acrediten la necesidad de mantener la licencia”, lo que justificará el tratamiento de los datos derivado de los mencionados partes o informes médicos por el órgano de personal y por la Mutuality.

Por último, el artículo 22 remite a estas reglas el régimen aplicable para las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia.

A la vista de todo ello, debe considerarse que las cesiones y tratamientos regulados en el Proyecto resultan amparado por la Ley Orgánica 15/1999 en conexión con las normas citadas.

No obstante, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 19.5 del Texto Refundido, según el cual “Los reconocimientos médicos mencionados en el apartado anterior serán potestativos, pero sus resultados vincularán para la concesión o denegación de las licencias y sus sucesivas prórrogas. Reglamentariamente se determinarán las situaciones, períodos y formas en los que se llevarán a cabo los seguimientos de los distintos procesos patológicos, salvaguardando, en todo caso, el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona y la autonomía del paciente, así como a la confidencialidad de las informaciones referentes a su estado de salud sanitario, según lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

A tal efecto, el artículo 21 del Reglamento dispone que “Los datos obrantes en cualquier fichero automatizado, archivo o expediente de la Mutuality General sólo podrán ser tratados y cedidos de acuerdo con lo que establece la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal y sus disposiciones de desarrollo”.

Teniendo en cuenta estas previsiones podría ser conveniente que el Proyecto incorporase asimismo un precepto, que podría incardinarse dentro de la Sección primera del Capítulo IV referido a la aplicación de las normas de protección de datos en relación con el reconocimiento y seguimiento de las contingencias protegidas, en particular en cuanto las mismas pueden dar lugar al tratamiento y cesión de datos de carácter personal relacionados con la salud.



### III

Dicho lo anterior, el Proyecto incluye en sus artículos dos y tres ciertas previsiones que hacen expresa referencia al tratamiento de datos de carácter personal, mediante la inclusión en el Reglamento de dos disposiciones adicionales, la décima y la undécima, respectivamente.

Según el apartado 1 de la disposición adicional décima, en la redacción resultante del Proyecto sometido a informe “el alcance del consentimiento del interesado respecto a la comunicación y tratamiento de datos médicos por las instituciones o entidades sanitarias que resulten relevantes para la resolución de los procedimientos de concesión de prestaciones económicas en el ámbito del régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de igual naturaleza que los contemplados en la disposición adicional cuadragésima del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real decreto 1/1994, de 20 de junio, se regirá por lo establecido en dicha norma”.

A su vez, según el apartado 2, “la confidencialidad de los datos referentes al estado de salud y la salvaguarda del derecho a la intimidad y dignidad de la persona y autonomía del paciente se garantizarán mediante procedimientos seguros de transmisión de información de datos sensibles. Los profesionales que, con el fin de ejercitar las respectivas funciones de seguimiento encomendadas, traten estos datos quedan sujetos al deber de secreto”:

Por último, establece la disposición adicional undécima que “por la Mutuality de Funcionarios Civiles del Estado se establecerá un sistema de control y seguimiento de la situación de incapacidad temporal y de las situaciones de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural basado en los partes de baja para dichas situaciones. Asimismo, el procedimiento informático facilitará la gestión de los subsidios”.

De los tres preceptos transcritos, y al margen de poder considerarse que la redacción de los mismos es en todo caso mejorable, plantea especiales problemas en el marco de la aplicación de las normas de protección de datos el primero de ellos, por cuanto de su poco claro tenor parece derivarse la extensión de la aplicación de la disposición adicional cuadragésima de la Ley General de la Seguridad Social al régimen del mutualismo administrativo.

En este sentido se pronuncia, quizá con mayor claridad que el Proyecto, su memoria, cuando indica que mediante dicha disposición “se traslada al ámbito del reglamento” las previsiones contenidas en la citada Disposición adicional “respecto al alcance del consentimiento del afectado sobre la comunicación y tratamiento de sus datos de carácter personal, siempre que estos sean necesarios para el reconocimiento de sus prestaciones



económicas”, añadiendo que “aunque el citado precepto, con vigencia en el campo de aplicación de la Seguridad Social, se entiende que constituye una cobertura legal necesaria para la aplicación de su contenido en el ámbito del régimen especial de la seguridad social de los funcionarios civiles del Estado, parece conveniente en aras al principio de seguridad jurídica facilitar el conocimiento y certeza de la norma de tutela del derecho del interesado”.

La mencionada Disposición adicional cuadragésima establece lo siguiente:

*“En los procedimientos de declaración de la incapacidad permanente, a efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, así como en lo que respecta al reconocimiento o mantenimiento del percibo de las prestaciones por incapacidad temporal, orfandad o asignaciones familiares por hijo a cargo, se entenderá otorgado el consentimiento del interesado o de su representante legal, a efectos de la remisión, por parte de las instituciones sanitarias de los informes, documentación clínica, y demás datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento, salvo que conste oposición expresa y por escrito de aquéllos.*

*Las entidades gestoras de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de las prestaciones, podrán solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Asimismo, las entidades gestoras y las entidades colaboradoras de la Seguridad Social podrán facilitarse, recíprocamente, los datos relativos a las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.”*

De este modo, se prevé, a través de la reforma a la que se viene haciendo referencia, la introducción, mediante de una disposición de rango reglamentario, de un supuesto de consentimiento presunto para el tratamiento de los datos de salud de los afectados en el marco de la actuación vinculada con el reconocimiento y seguimiento de las situaciones que dan lugar al nacimiento de las prestaciones a cargo de la mutualidad.

Como se ha señalado con anterioridad, en la mayor parte de los supuestos, el propio Texto refundido otorga una habilitación legal para el tratamiento de los mencionados datos por parte de la mutualidad, por lo que no sería preciso ningún tipo de consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos o para que los mismos puedan ser comunicados a MUFACE por parte



de las entidades colaboradoras, al encontrarse la cesión amparada por el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999.

Por otra parte, la Ley General de Seguridad Social no parece establecer una previsión general de aplicación supletoria de sus disposiciones a los regímenes especiales y, en particular, al de los funcionarios civiles del Estado.

Si existiese tal previsión, lo que no consta a esta Agencia, la referencia contenida en el apartado primero de la disposición adicional décima propuesta en el Proyecto lejos de aclarar la situación y garantizar la seguridad jurídica, a nuestro juicio, complicaría aquélla, toda vez que resultaría preferible la reproducción *mutatis mutandi* de dicha disposición adicional cuadragésima, en lugar de dar a la misma la redacción ahora contenida en el Proyecto, que parece hacer referencia a la efectiva prestación del consentimiento para luego considerar que dicho consentimiento se entenderá prestado por el afectado, dada la remisión final a la disposición adicional cuadragésima que se realiza en el texto.

De este modo, sería conveniente que se procediera o bien a la supresión de este apartado de la disposición adicional, bien a ajustar su contenido a lo previsto en la disposición adicional cuadragésima del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el bien entendido, respecto de la segunda de las opciones, que tal reproducción no sería en sí misma legitimadora del tratamiento de datos de carácter personal por parte de la mutualidad ni de la cesión de datos a la misma, por cuanto dicha habilitación debería derivarse de la efectiva aplicación al régimen de mutualismo administrativo de las disposiciones de la Ley General de la Seguridad Social o de las habilitaciones establecidas para este régimen en el propio Real Decreto Legislativo 4/2003.

#### IV

A la vista de todo lo indicado en el presente informe, se considera que sería conveniente modificar los artículos dos y tres del Proyecto, reemplazándolos por la inclusión de un nuevo apartado dos en que se incluyese en el reglamento un nuevo precepto referido al tratamiento de datos de carácter personal por parte de la Mutualidad, pero sujeto a las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999.

Así, se podría señalar en primer lugar que el tratamiento y cesiones de datos necesarios para el reconocimiento de las situaciones que dan derecho a la prestación y su posterior seguimiento se encontrarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, para indicar a continuación que no será preciso el consentimiento del interesado en los supuestos en que el tratamiento y la cesión de los datos sean necesarios para el reconocimiento y seguimiento de las prestaciones, en los términos establecidos en el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Del mismo modo, sería preciso hacer referencia a los principios de proporcionalidad e información a los afectados, de forma que los datos únicamente serían empleados para los fines mencionados y los afectados serían informados acerca de la cesión de sus datos. Ello conectaría con lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional décima propuesta, que podría igualmente completarse con la referencia a la implantación de las medidas de seguridad de nivel alto previstas en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

Por último, cabría incluir como última apartado del precepto lo ahora establecido en el artículo tres del Proyecto.

En todo caso, a nuestro juicio, esta disposición aportaría una mayor seguridad jurídica que la derivada de lo ahora establecido en el apartado 1 de la propuesta disposición adicional décima, al residenciar la legitimación para el tratamiento en la propia norma objeto de desarrollo reglamentario y no en la Ley General de la Seguridad Social.