

Relaciones laborales, Covid y protección de datos



14 mayo 2021

(Nº 24)

SERVICIO DE
ESTUDIOS
UGT

CONTENIDO

- Introducción
- ¿Puede la empresa durante el proceso de selección solicitar a los candidatos que acrediten haber superado la Covid?
- ¿Puede el empresario exigir a los trabajadores un certificado de inmunidad?
- ¿Puede la empresa exigir a las personas trabajadoras que se realicen test de diagnóstico de Covid proporcionados por ella?
- ¿Puede el empresario imponer al trabajador con síntomas compatibles con el SARS-CoV-2 la realización de un test de diagnóstico Covid?
- ¿Puede el empresario imponer a los trabajadores asintomáticos la realización de un test de diagnóstico Covid?
- ¿Si la persona trabajadora ha dado positivo tras la prueba diagnóstica, puede el empresario difundir su nombre al resto de trabajadores?
- Si el trabajador tiene sospecha de contagio o ha dado positivo ¿debe notificar sus datos a la empresa?
- Trabajadores especialmente sensibles
- ¿Se puede tomar la temperatura a los trabajadores con el fin de detectar casos de coronavirus?
- ¿Puede el empresario obligar a sus trabajadores a que se vacunen?
- El Registro Estatal de Vacunación
- Certificados de vacunación o certificado digital verde.

Introducción

En el contexto de emergencia de salud pública las empresas y las personas trabajadoras han tenido que hacer frente a un “maremágnum” de medidas adoptadas por las autoridades competentes que han afectado entre otras, a la normativa sanitaria, laboral y de protección de datos personales.

Un ámbito normativo de emergencia que se ha tenido que adoptar para afrontar el impacto laboral de la pandemia y que ha suscitado situaciones complejas que generan relevantes dudas en diferentes ámbitos jurídicos, entre los que se encuentra el tratamiento de datos personales, campo j que de facto ha visto como detrás de las medidas tomadas, se ha suspendido este derecho fundamental individual en pro del bien común.

En la medida en que las disposiciones emprendidas tienen un carácter dinámico que conlleva su modificación en función de la evolución del virus, surgen nuevos contextos y situaciones que han llegado a afectar a la regulación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, contexto que nos obliga a vigilar si dichas medidas limitadoras de derechos fundamentales son necesarias para conseguir el fin perseguido, atendiendo a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se impone.

Medidas que, en cualquiera de los casos, han debido ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente, y que así mismo conllevan el correspondiente tratamiento de datos en adecuación a los objetivos de prevención y contención fijados por el Ministerio de Sanidad, objetivos analizados en este documento a través de la observancia principalmente de la regulación contenida en la Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de la Covid-19, el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2, y las Instrucciones sobre realización de pruebas diagnósticas para la detección de la Covid-19 en el ámbito de las empresas, y en la afectación que tal regulación ha tenido en el contenido de los derechos regulados en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

El presente estudio, aborda el análisis de las situaciones más relevantes a las que han tenido que hacer frente las empresas y las personas trabajadoras en relación a la prevención de los riesgos laborales y la protección de datos, dando así respuesta a las cuestiones que con mayor frecuencia nos han sido planteadas por nuestros afiliados.

¿Puede la empresa, durante el proceso de selección, solicitar a los candidatos que acrediten haber superado la Covid?

No. Esta práctica es discriminatoria, es ilegal y, por tanto, denunciabile.

Que una persona haya superado o no la enfermedad, no le define como mejor o peor candidato. Si el criterio de elección de la futura persona trabajadora se basa en que esta haya pasado la Covid-19, dicha elección constituiría un trato discriminatorio, contrario a la Constitución (art. 14) y al Estatuto de los Trabajadores (art. 4).

Conforme establece el artículo 9.1 del 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 (en adelante RGPD), quedan prohibidos el tratamiento de datos relativos a la salud, salvo las excepciones previstas en la propia norma.

Toda información relativa al desarrollo de anticuerpos es un dato de la salud. En los procesos de selección laboral no es admisible solicitar información sobre la condición de inmunidad a la Covid-19.

Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado, pueden constituir conforme a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 16.1c) una infracción muy grave que podrá sancionarse con multas en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

¿Puede el empresario exigir a los trabajadores un certificado de inmunidad?

No. Las empresas no pueden obligar a las personas trabajadoras a que presenten un comprobante médico que acredite haber pasado la Covid-19.

Dicha información es un dato médico de carácter personal, que afecta a la esfera más íntima del individuo; que la parte empresarial lo solicite, en el ámbito de las relaciones laborales (con los desequilibrios inherentes al mismo), supone una violación del derecho a la intimidad.

El art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales establece el deber de vigilancia periódica del empresario sobre el estado de salud de las personas trabajadoras en función de los riesgos inherentes al trabajo. Sin embargo, para

el cumplimiento de esta obligación, no es necesario en modo alguno que la persona trabajadora certifique que ha pasado la Covid-19.

¿Puede la empresa exigir a las personas trabajadoras que se realicen test de diagnóstico de Covid proporcionados por ella?

Depende de la situación y contexto en la que se exija la realización de la prueba al trabajador.

El artículo 9.2 b del RGPD determina que no está prohibido el tratamiento de datos relativos a la salud, cuando es 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 que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

Por regla general los reconocimientos médicos en el lugar de trabajo son de carácter voluntario. Tal y como determina la STS 7 de marzo 2018 (rec. 42/2017), *la protección del derecho a la intimidad del trabajador y su asunción por el legislador provoca la aparente paradoja de que el cumplimiento empresarial de la obligación de vigilancia de la salud requiera, al menos en su enunciación general, del consentimiento del trabajador. Por este motivo, se habla de la consagración del denominado «principio de la voluntariedad» en los reconocimientos médicos. Y, en definitiva, puede ser formulado del siguiente modo el trabajador es libre a la hora de someterse o no a los mismos y, también, lo es para decidir a qué pruebas, de entre las varias que se pueden realizar, desea someterse y a cuáles no* (Juzgado de lo Social N°. 3 de Móstoles, Sentencia de 29 Dic. 2020, Proc. 1/2020).

Sin embargo, y conforme al art. 22 de la LPRL de este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores:

- los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores,
- los supuestos para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa,
- cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Junto a ello, hay que recordar que conforme al artículo 14 de la LPRL, en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, y que tal y

como determina el artículo 29 de la misma norma, corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.

Para garantizar este deber de protección genérica, el artículo 15 de la LPRL prevé, entre otros aspectos, que el empresario aplicará las medidas de prevención con arreglo a una serie de principios generales, de entre los que destacamos: evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar, combatir los riesgos en su origen, sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro, planificar la prevención, adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual, y dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

*Las Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección de la Covid-19 en el ámbito de las empresas*¹ elaborado por la Comisión de Salud Pública del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, inciden en que es a las empresas a quienes corresponde evaluar el riesgo de exposición en que se pueden encontrar las personas trabajadoras en cada una de las tareas diferenciadas que realizan y seguir las recomendaciones que sobre el particular emita el servicio de prevención, siguiendo las pautas y recomendaciones formuladas por las autoridades sanitarias.

Las empresas, a través de los servicios de prevención de riesgos laborales, deben ajustarse a lo indicado en *la Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de la Covid-19*² y en *el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*³, por el que se determina que los profesionales del servicio sanitario del servicio de prevención de riesgos laborales serán los encargados de establecer los mecanismos para la detección, investigación y seguimiento de los casos y contactos estrechos en el ámbito de sus competencias, de forma coordinada con las autoridades de salud pública. Las Comunidades y las Ciudades Autónomas establecerán los procedimientos y circuitos a seguir en cada caso.

Establece el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 que:

- ✓ A toda persona con sospecha de infección por el SARS-CoV-2 se le realizará una prueba diagnóstica de infección activa por SARS-CoV-2 en las primeras 24 horas.
- ✓ Si la PDIA resulta negativa y hay alta sospecha clínico-epidemiológica de la Covid-19 se recomienda repetir la prueba.

¹<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>

²https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf

³https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf

- ✓ Si inicialmente se realizó una prueba rápida de detección de antígeno, se realizará una PCR.
- ✓ Si inicialmente se realizó una PCR, se repetirá la PCR a las 48 horas. En casos sintomáticos en los que la PDIA salga repetidamente negativa y exista una alta sospecha clínico-epidemiológica, se podrá valorar la realización de test serológicos de alto rendimiento para orientar el diagnóstico.

Mencionadas las normas aplicables en este contexto, es necesario distinguir por tanto entre al menos, dos situaciones:

La primera de ellas sería aquella en la que el trabajador, tiene síntomas compatibles con el SARS-CoV-2. La segunda de las situaciones sería aquella en la que la empresa, a modo preventivo, quiere realizar un cribado entre sus trabajadores asintomáticos.

¿Puede el empresario imponer al trabajador con síntomas compatibles con el SARS-CoV-2 la realización de un test de diagnóstico Covid?

Sí. Ante la aparición de síntomas, y teniendo en cuenta el riesgo de exposición, la realización del test deviene obligatoria.

Como hemos dicho, el empresario está obligado a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, y la persona trabajadora debe velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional.

Como hemos expuesto, las pruebas de carácter médico no se realizan al arbitrio de la empresa ni de los servicios de prevención de riesgos, sino que se realizan de acuerdo a los protocolos fijados por las autoridades sanitarias. Así lo determina el art. 1º de la LPRL, en el que asienta claramente que, entre otros, corresponde a las Administraciones públicas:

- ✓ El establecimiento de medios adecuados para la evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por los servicios de prevención actuantes. Para ello, establecerán las pautas y protocolos de actuación, oídas las sociedades científicas, a los que deberán someterse los citados servicios.
- ✓ La implantación de sistemas de información adecuados que permitan la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales, así como la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores, así como hacer posible un rápido intercambio de información.

Conforme al Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2, cualquier toma de decisión sobre las medidas preventivas a adoptar en cada empresa deberá basarse en información

recabada mediante la evaluación específica del riesgo de exposición, que se realizará siempre en consonancia con la información aportada por las autoridades sanitarias, y previa consulta a los trabajadores. El referido documento, contempla los diferentes escenarios de exposición en los que se pueden encontrar los trabajadores, distinguiendo entre:

EXPOSICIÓN DE RIESGO	EXPOSICIÓN DE BAJO RIESGO	BAJA PROBABILIDAD DE EXPOSICIÓN
Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende a casos sospechosos o confirmados de la Covid-19. Situaciones en las que no se puede evitar el contacto estrecho en el trabajo con casos sospechosos o confirmados de la Covid-19.	Personal asistencial y no asistencial que entra en zonas Covid, y cuyas tareas se realizan manteniendo la distancia de seguridad y sin actuación directa sobre casos sospechosos o confirmados. Personal no sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados. Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.	Personal sanitario asistencial y no asistencial que desarrolla su actividad en áreas NO COVID con las medidas de prevención adecuadas. Trabajo en ámbito no sanitario o no sociosanitario con probabilidad de contacto con casos de la Covid-19, manteniendo la distancia de seguridad y sin actuación directa sobre ellos.

Según el documento, una profesión puede ser clasificada en varios escenarios de riesgo en función de las tareas que realice y a partir de la evaluación específica del riesgo de exposición, se determinarán las medidas preventivas a adoptar en cada situación concreta.

En el momento en que la persona trabajadora empiece a notar síntomas, y en cumplimiento de su deber de velar no sólo por su propia seguridad y salud, sino por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, deberá contactar de forma inmediata con el servicio de prevención de riesgos laborales de la empresa y con las autoridades sanitarias competentes, y deberá informar a su superior jerárquico junto con los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención.

En la actualidad, se dispone de dos pruebas de detección de infección activa, una prueba rápida de detección de antígenos (Antigen Rapid diagnostic test, Ag-RDT) y una detección de ARN viral mediante una RT-PCR o una técnica molecular equivalente. Señala el procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición de la Covid que la realización de una u otra, o una secuencia de ellas, dependerá del ámbito de realización, la disponibilidad y de los días de evolución de los síntomas. No se recomienda la realización de ningún tipo de pruebas

serológicas para el diagnóstico de infección activa ni en personas con síntomas ni en asintomáticos.

Por tanto, si existe un riesgo cierto de contagio, ha de verificarse, y los servicios de prevención de riesgos laborales deberán realizar la prueba diagnóstica de infección activa por la Covid a la persona trabajadora, teniendo en cuenta que dichas pruebas de carácter médico deberán realizarse de acuerdo a los protocolos que fijan las autoridades sanitarias, según la Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de la Covid-19.

La consecuencia inmediata en relación a la protección de datos de carácter personal, es que, en esta situación, el empresario, como responsable del tratamiento, va a poder tratar los datos de carácter personal que sean necesarios para garantizar la salud de sus empleados y evitar los contagios en el seno de la empresa. De acuerdo con el Informe 17/2020 realizado por la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), el empleador puede tratar los datos de carácter personal relativos a la salud, en base a los apartados b, g, h, i del artículo 9.2 del RGPD, que determinan que no concurre la prohibición de tratamiento de datos médicos cuando:

- Es 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 que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.
- El tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.
- El tratamiento es 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 o en virtud de un contrato con un profesional sanitario.
- El tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional.

En cualquier caso, el empleador deberá adoptar las medidas oportunas de seguridad y responsabilidad proactiva que demanda el tratamiento (art. 32 RGPD). Por tanto, el

responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros:

- a) la seudonimización y el cifrado de datos personales;
- b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento;
- c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico;
- d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

Junto a ello, es imprescindible no olvidar que estos datos, y a pesar de la situación de emergencia sanitaria, deben seguir siendo tratados de acuerdo a la normativa de protección de datos personales (RGPD y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante LOPDGDD), y por tanto deben, de conformidad con el artículo 5 del RGPD ser

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines;
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados;
- e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales;
- f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, 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 («integridad y confidencialidad»).

Y todo ello sin perjuicio de que el art. 88 del Reglamento (UE) 2016/679 permita que los convenios colectivos establezcan «normas más específicas» con la finalidad de ofrecer una mejor y más adaptada protección del derecho a la protección de datos en el campo de las relaciones laborales.

¿Puede el empresario imponer a los trabajadores asintomáticos la realización de un test de diagnóstico Covid?

No. La realización de pruebas de diagnóstico generalizada a los trabajadores asintomáticos debe ser voluntaria.

La persona trabajadora debe poder decidir si someterse o no a los reconocimientos médicos de la empresa, y por tanto debe individualmente permitir o no las exploraciones o pruebas clínicas a las que quiere someterse, e impedir todas aquellas que sean ajenas a la finalidad de vigilancia en relación a los riesgos inherentes al trabajo, conforme se desprende del artículo 18 de nuestra Constitución. Íntimamente ligado a ello, se genera la obligación del empleador de advertir al trabajador, de forma previa a la realización de las pruebas, sobre los exámenes médicos y técnicas invasivas, para que éste pueda prestar un consentimiento informado. Esta regla general, como ya hemos expuesto, decae en los supuestos en los que se el reconocimiento médico deviene obligatorio.

Tal y como la propia AEPD determina, la recogida masiva e indiscriminada de datos personales no solo incumple con los principios de necesidad y proporcionalidad, sino que conduce a la generación de ruido, la agresión contra los derechos y libertades de los ciudadanos y el riesgo que dichos datos acaben en las manos equivocadas que, con un plan claro, recursos y decisión suficiente, vuelvan esos datos contra nosotros.⁴

Las Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección de la Covid-19 en el ámbito de las empresas, define a los estudios de cribados como aquellos realizados sobre personas asintomáticas. La OMS define cribado como “la aplicación sistemática de una prueba para identificar a individuos con un riesgo suficientemente alto de sufrir un determinado problema de salud como para beneficiarse de una investigación más profunda o una acción preventiva directa, entre una población que no ha buscado atención médica por síntomas relacionados con esa enfermedad”. Sólo se recomienda su realización en las siguientes situaciones y siempre bajo la recomendación de las autoridades de salud pública:

- ✓ Estrategias indicadas por las autoridades de salud pública dirigidas a determinados grupos o poblaciones.
- ✓ Entornos sanitarios o socio-sanitarios (personas trabajadoras y residentes en centros sociosanitarios).
- ✓ Nuevos ingresos en centros sanitarios o sociosanitarios, o de forma previa a algunas actuaciones asistenciales.

Ya hemos expuesto que cualquier toma de decisión sobre las medidas preventivas a adoptar en cada empresa deberá basarse en información recabada mediante la

⁴ <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/tratamientos-datos-personales-situaciones-emergencia>

evaluación específica del riesgo de exposición, que se realizará siempre en consonancia con la información aportada por las autoridades sanitarias. Junto a ello, debemos tener en cuenta los diferentes escenarios de exposición en los que se pueden encontrar los trabajadores (baja probabilidad de exposición, exposición de bajo riesgo, exposición de riesgo).

Hemos mencionado también que, tal y como establece entre otros aspectos el artículo 5 del RGDP, los datos sanitarios en su tratamiento deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (principio de proporcionalidad o minimización de datos).

Conforme determina la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (por todas STC nº 186/2000, Sala Primera, Rec Recurso de amparo 2.662/1997, de 10 de julio del año 2000) : *la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad (...) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:*

- ✓ *si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);*
- ✓ *si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);*
- ✓ *y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).*

En base a lo anterior, consideramos que la recogida sistemática y generalizada de información relacionada con la infección o síntomas de la Covid no es proporcional, y por tanto tampoco lo es la realización de test generalizados a los trabajadores. Junto a ello, defendemos que los test realizados a personas asintomáticas por parte del empresario, necesariamente deben de revestir el carácter de voluntarios, con lo que tal declaración conlleva en relación a la negativa de la persona trabajadora a realizar la prueba médica y sus posibles consecuencias disciplinarias.

Aunque el trabajador consienta en la realización de la prueba, no podemos olvidar dos aspectos claves:

- El levantamiento de la prohibición de tratamiento de datos relativos a la salud, no podrá efectuarse solo con el consentimiento del afectado si, el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establece que la prohibición no puede ser levantada por el interesado.
- En el ámbito de las relaciones laborales, existe un desequilibrio claro entre la persona trabajadora y el empresario, o lo que es lo mismo, en términos de protección de datos existe un claro desequilibrio entre interesado y responsable

del tratamiento. Es por ello que en la mayoría de las situaciones en las que en el ámbito laboral se produce un tratamiento de datos personales, su base jurídica suele ser o bien la propia ejecución del contrato, o bien el cumplimiento de una obligación legal o el interés legítimo.

Conforme establece el apartado 11 del artículo 4 del RGPD, se entiende por consentimiento del afectado *toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.*

En resumen, y tal y como el propio considerando 43 del RGPD determina, para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en los casos concretos en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento.

En cualquier caso, reiteramos que, en relación al tratamiento de datos personales derivados de esa vigilancia de la salud, la base jurídica no puede ser el consentimiento, sino la ejecución del contrato de trabajo o el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, y aunque por el trabajador se haya consentido la realización de la prueba diagnóstica, el tratamiento de los datos deberá en cualquier caso cumplir con los principios contenidos en el ya comentado artículo 5 del RGPD.

Debe recordarse por último que, conforme a la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, vía negociación colectiva no se van a poder establecer reconocimientos médicos de carácter obligatorio más allá de lo que dispone la LPRL, es decir, el convenio colectivo no es hábil para generar reconocimientos médicos obligatorios en supuestos distintos a los contemplados por la Ley.⁵

Si la persona trabajadora ha dado positivo tras la prueba diagnóstica, ¿puede el empresario difundir su nombre al resto de trabajadores?

No. La información sobre ese dato relativo a la salud, deberá proporcionarse sin identificar a la persona afectada, y sólo si esto impide la posibilidad de alcanzar la finalidad de la protección de la salud, se identificará el contagio, siempre de acuerdo a las instrucciones emitidas por las autoridades sanitarias. Junto a ello, la información debe proporcionarse respetando los principios de finalidad y proporcionalidad.⁶

Como hemos dicho, las empresas, a través de los servicios de prevención de riesgos laborales, deben ajustarse a lo indicado en la Estrategia de detección precoz, vigilancia

⁵ Sirvan de ejemplo la STC 196/2004, de 15 de noviembre; STS de 10 de junio de 2015, Rec. 178/2014.

⁶ Así lo determina la AEPD en su Informe 17/2020.

y control de la Covid-19 y en el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2.

Conforme se previene en las Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección de la Covid-19 en el ámbito de las empresas:

Cualquier persona que sea identificada como contacto estrecho deberá ser informada y se iniciará una vigilancia activa o pasiva, siguiendo los protocolos establecidos en cada comunidad autónoma. Se recogerán los datos epidemiológicos básicos de la forma en que cada comunidad autónoma haya establecido, así como los datos de identificación y contacto de todas las personas clasificadas como contactos. Se proporcionará a todos los contactos la información necesaria sobre la Covid-19, los síntomas de alarma y los procedimientos a seguir durante el seguimiento.

Ante la poca información aún disponible sobre el rendimiento de las pruebas rápidas de antígenos en población asintomática, la prueba diagnóstica será preferentemente una PCR. Sin embargo, en función del ámbito, de la disponibilidad y operatividad se podrá utilizar un test rápido de detección de antígeno, sobre todo en entornos donde se espera una alta probabilidad de un resultado positivo, como en el caso de los contactos convivientes o en brotes y donde la rapidez del tiempo de respuesta ayuda al rápido manejo de los contactos:

- ✓ *Si la PDIA es positiva, el contacto será considerado caso y se manejará como tal.*
- ✓ *Si la PDIA es negativa, y se realiza en cualquier momento anterior a los 10 días tras el último contacto, se deberá cumplir la cuarentena hasta el día 10.*
- ✓ *En el ámbito sanitario y sociosanitario se hace necesario garantizar un adecuado valor predictivo negativo, por lo que ante un resultado negativo de la prueba rápida de antígeno se debe realizar una PCR.*

Siempre que los recursos disponibles lo permitan, se realizará una PDIA cercana a la finalización de la cuarentena.

A la vista de lo que ha sido determinado por las autoridades sanitarias, cuando sea necesario, el empleador revelará la identidad de la persona contagiada a los trabajadores identificados como contacto estrecho, a fin de que se inicien los protocolos de vigilancia establecidos en cada comunidad autónoma.

Si el trabajador tiene sospecha de contagio o ha dado positivo ¿debe notificar sus datos a la empresa?

Sí, ante la aparición de síntomas o confirmación de contagio, el trabajador debe ponerlo en conocimiento de la empresa, y/o delegados de prevención y servicio de prevención.

Ya hemos mencionado que, conforme al artículo 29 de la LPRL cada trabajador debe velar tanto por su propia seguridad y salud en el trabajo, como por la de aquellas personas a las que puede afectar su actividad profesional.

Conforme establece Procedimiento de actuación para los Servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al Sars-cov-2, podemos definir los casos como:

Caso sospechoso:

Cualquier persona con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda de aparición súbita de cualquier gravedad que cursa, entre otros, con fiebre, tos o sensación de falta de aire. Otros síntomas como la odinofagia, anosmia, ageusia, dolor muscular, diarrea, dolor torácico o cefalea, entre otros, pueden ser considerados también síntomas de sospecha de infección por SARS-CoV-2 según criterio clínico.

Caso probable:

-Persona con infección respiratoria aguda grave con cuadro clínico y radiológico compatible con la Covid-19 y resultados de PDIA negativos, o casos sospechosos con PDIA no concluyente.

-Casos con alta sospecha clínico-epidemiológica con PDIA repetidamente negativa (al menos una PCR) y serología positiva para SARS-CoV-2 realizada por técnicas serológicas de alto rendimiento.

Caso confirmado con infección activa:

-Persona que cumple criterio clínico de caso sospechoso y con PDIA positiva. -Persona asintomática con PDIA positiva en los últimos 10 días y con IgG negativa en el momento actual o no realizada.

Caso descartado:

-Caso sospechoso con PDIA negativa y serología por técnicas serológicas de alto rendimiento negativa (si esta prueba se ha realizado) en el que no hay una alta sospecha clínico-epidemiológica.

Las personas trabajadoras que no son personal sanitario o sociosanitario, son manejadas de la misma forma que la población general en cuanto al aislamiento. Por tanto, su seguimiento y el alta deben ser supervisados por su médico de atención primaria o del trabajo, de la forma que se establezca en cada comunidad autónoma.

Determina la Estrategia de detección precoz, vigilancia y Control de la Covid-19, para el manejo de los casos con infección activa que:

- ✓ Todos los casos sospechosos se tienen que mantener en aislamiento a la espera del resultado de la PDIA y se iniciará la búsqueda de sus contactos estrechos convivientes.

- ✓ En caso de PDIA negativa, y si no se considera caso probable, el caso se da por descartado y finaliza el aislamiento.

Tanto los casos confirmados con PDIA como los casos probables, en el ámbito de la atención primaria, y siempre y cuando no se requiera ingreso hospitalario, deben seguir el siguiente protocolo:

- ✓ Aislamiento domiciliario que se mantiene hasta transcurridos tres días desde la resolución de la fiebre y del cuadro clínico con un mínimo de 10 días desde el inicio de los síntomas. No será necesario la realización de una PCR para levantar el aislamiento ni para reincorporarse a la actividad laboral.
- ✓ En los casos asintomáticos el aislamiento se mantiene hasta transcurridos 10 días desde la fecha de toma de la muestra para el diagnóstico.
- ✓ El seguimiento es supervisado hasta el alta epidemiológica de la forma que se establezca en cada comunidad autónoma.

Conforme establece la Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de la Covid-19, los servicios de vigilancia epidemiológica de Salud Pública de las CC.AA. deben obtener la información sobre los casos sospechosos y confirmados tanto en atención primaria como en hospitalaria del sistema público y privado, así como de los servicios de prevención.

Los casos confirmados con infección activa son de declaración obligatoria urgente, y desde las unidades de salud pública de las CC.AA. se notificarán de forma individualizada al nivel estatal.

Por tanto, la persona trabajadora que tiene sospecha de estar contagiada o que ha confirmado su contagio, deberá informar a su empleador, siendo el cumplimiento de ese deber de información, no solo esencial con los resultados de la vigilancia de la salud, sino también con respecto al tratamiento de datos.⁷

Pero como llevamos diciendo a lo largo de todo el documento, aunque sea necesario en cumplimiento de las disposiciones legales que la persona trabajadora informe sobre su estado de salud, con respecto al tratamiento de los datos de carácter personal, solo se podrán recabar y utilizar los datos estrictamente necesarios para la finalidad de prevención.

La persona trabajadora en situación de baja por enfermedad no tiene obligación de informar sobre la razón de la baja a la empresa, sin embargo, el derecho a la intimidad del trabajador, cede (resulta justificada) ante la salvaguarda de su propia salud y la del resto de compañeros de trabajo, pero tal y como asienta el TC, *las medidas limitadoras de derechos fundamentales han de ser necesarias para conseguir el fin perseguido, atendiendo a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se impone (STC 14/2003). La superación del juicio de proporcionalidad exige el cumplimiento de tres requisitos: juicio de idoneidad, de*

⁷ En análogo sentido se pronuncia el Informe de la AEPD 17/2020.

*necesidad y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. De ello extrae que no todos los datos relativos a una persona y subjetivamente reservados reciben la misma protección, pues depende de las circunstancias relevantes para el caso y de la correspondiente ponderación de los intereses en conflicto.*⁸

Junto a ello, debemos tener en cuenta que, ya desde el año 2009, la AEPD mediante su Informe 0299/2009, determinó que las empresas que actúan como servicios de prevención ajenos tienen la consideración de responsables del tratamiento. Si se trata de un servicio propio, el responsable del tratamiento lo será la propia empresa.

Así mismo, debemos recordar que, conforme señala el apartado 4 del artículo 22 de la LPRL:

- ✓ *Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.*
- ✓ *El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.*
- ✓ *No obstante, lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.*

Es reiterada la Jurisprudencia que, con respecto a los concretos diagnósticos médicos, sostienen que la regla general es la confidencialidad de toda la información obtenida por las mutuas en aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, por consiguiente, que la posibilidad de comunicar al empresario "las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo" constituye una excepción. Si lo que debe protegerse ante todo es la confidencialidad de la información sanitaria relativa a los trabajadores, no tiene sentido afirmar que cabe comunicar a los empresarios cualquier dato que exceda de la mera "conclusión" sobre la idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo; es decir, la mutua sólo puede decir al empresario si reputa apto al trabajador, sin proporcionarle ninguna otra información adicional.⁹ En resumen, las facultades de acceso a la información por parte de la empresa son muy limitadas y en la práctica se refieren a conocer las condiciones de aptitud o no aptitud del trabajador.

En esta situación de pandemia, es posible que el empresario en cumplimiento de sus obligaciones de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, deba

⁸ Por todas, STC 159/2009, de 29 de junio.

⁹ Por todas, STS 351/2009 (Sala de lo Contencioso), de 20 de octubre.

acceder de modo específico a datos personales del trabajador necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones que sobrepasen el contenido apto/no apto. Y es en estos supuestos en los que por la representación legal de los trabajadores¹⁰, deba prestar especial atención al cumplimiento de los principios del tratamiento regulados como ya hemos expuesto en el artículo 5 del RGPD, y fundamentalmente a la observancia de los principios de minimización, proporcionalidad y limitación de la finalidad, de modo que sólo cabe recabar y utilizar los datos estrictamente necesarios para la finalidad de prevención. En cualquier caso, la empresa, aunque pueda tener conocimiento de las personas trabajadoras que están afectadas por Covid-19 o que sean casos sospechosos, no puede tener acceso ni a los informes médicos ni conocimiento de otros diagnósticos que hayan podido originarse en el itinerario de las pruebas médicas.

Trabajadores especialmente sensibles

Conforme al Procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, el servicio sanitario del SPRL debe evaluar la presencia de personal trabajador especialmente sensible en relación a la infección de coronavirus SARS-CoV-2, establecer la naturaleza de especial sensibilidad de la persona trabajadora y emitir informe sobre las medidas de prevención, adaptación y protección. Para ello, tendrá en cuenta la existencia o inexistencia de unas condiciones que permitan realizar el trabajo sin elevar el riesgo propio de la condición de salud de la persona trabajadora.

El Ministerio de Sanidad ha definido como grupos vulnerables para la Covid-19 las personas con enfermedad cardiovascular, incluida hipertensión, enfermedad pulmonar crónica, diabetes, insuficiencia renal crónica, inmunodepresión, cáncer en fase de tratamiento activo, enfermedad hepática crónica severa, obesidad mórbida, embarazo y mayores de 60 años.

¿Se puede tomar la temperatura a los trabajadores con el fin de detectar casos coronavirus?

Sí, las empresas pueden tomar la temperatura a sus empleados y a las terceras personas que visiten su sede.

La recogida de datos de temperatura supone un tratamiento de datos, que por tanto deben regirse por los principios establecidos en el RGPD.

La base jurídica que legitimaría este tratamiento puede ampararse en los apartados c y d del artículo 6.1 del Reglamento (el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física), así como en el ya comentado apartado 2 del artículo 9 de dicha norma.

¹⁰ En esta materia, han de tenerse en cuenta los artículos 18, 23 Y 36 LPRL.

Conforme ha determinado la AEPD¹¹, verificar si el estado de salud de las personas trabajadoras puede constituir un peligro para ellas mismas, para el resto del personal, o para otras personas relacionadas con la empresa constituye una medida relacionada con la vigilancia de la salud de los trabajadores que, conforme a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, resulta obligatoria para el empleador y debería ser realizada por personal sanitario.¹²

En todo caso, el tratamiento de los datos obtenidos a partir de las tomas de temperatura debe respetar la normativa de protección de datos y, por ello y entre otras obligaciones, debe obedecer a la finalidad específica de contener la propagación del coronavirus, limitarse a esa finalidad y no extenderse a otras distintas, y mantenidos no más del tiempo necesario para la finalidad para la que se recaban.

Este principio supone que los datos (de temperatura) solo pueden obtenerse con la finalidad específica de detectar posibles personas contagiadas y evitar su acceso a un determinado lugar y su contacto dentro de él con otras personas. Pero esos datos no deben ser utilizados para ninguna otra finalidad. Esto es especialmente aplicable en los casos en que la toma de temperatura se realice utilizando dispositivos (como, por ejemplo, cámaras térmicas) que ofrezcan la posibilidad de grabar y conservar los datos o tratar información adicional, en particular, información biométrica.

Los equipos de medición que se empleen deben ser los adecuados para poder registrar con fiabilidad los intervalos de temperatura que se consideren relevantes. Esta adecuación debiera establecerse utilizando solo equipos homologados para estos fines y con criterios que tengan en cuenta esos niveles de sensibilidad y precisión. El personal que los emplee debe reunir los requisitos legalmente establecidos y estar formado en su uso.

Existe una línea doctrinal que sostiene que, conforme a la Ley de Seguridad Privada, el personal de seguridad está habilitado para tomar el control de temperatura, debiéndose adoptar tal decisión por el servicio de prevención de la empresa. En cualquier caso, la valoración de los datos obtenidos con la toma de temperatura debe ser realizada por personal sanitario cualificado, y junto a ello, por la parte empresarial debe establecerse el procedimiento específico de reclamación que aquellas personas a quienes se les impide el acceso puedan efectuar.

Las personas trabajadoras deberán ser informadas tanto del sistema implementado para el control de temperatura, como de la identidad del responsable del tratamiento, como del protocolo a seguir por la empresa en los casos en los que se detecte una temperatura superior a la normal, informar sobre la temporalidad de la medida, así como del procedimiento específico para formular una reclamación en el caso en que se impida el acceso al recinto. Así mismo, las personas trabajadoras deberán ser informados de la base jurídica que legitima el tratamiento, la finalidad, así como del

¹¹ Comunicado de la AEPD en relación con la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos de fecha 30 de abril de 2020. <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-aepd-temperatura-establecimientos>

¹² Es de aplicación el artículo 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

tiempo de conservación de los datos¹³, y de los derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación del tratamiento y portabilidad de los datos, regulados en el artículo 15 y siguientes del RGPD.

¿Puede el empresario obligar a sus trabajadores a que se vacunen?

No, el empresario no puede obligar a vacunarse a sus empleados.

La Estrategia de vacunación frente a la Covid-19 en España, elaborada por el Grupo de Trabajo Técnico de Vacunación Covid-19, de la Ponencia de Programa y Registro de Vacunaciones, cuya tercera actualización se produjo en fecha 9 de febrero de 2021, claramente asienta que, como ocurre con el resto de vacunaciones en España, la vacuna frente al nuevo coronavirus no es obligatoria.¹⁴

El marco legal que pudiera ser de aplicación, toda vez que esta situación plantea ex novo circunstancias no previstas en nuestra regulación, sería con carácter general, el siguiente¹⁵:

- ✓ Ley 33/2011 General de Salud Pública, que establece en su artículo 5.2 que la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986.
- ✓ Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública, que en su artículo 2 determina que las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.
- ✓ Ley 41/2002 e 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que, entre otros aspectos, en su artículo 2 establece que:
 - Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

¹³ Conforme al criterio propio de la AEPD no debe producirse la conservación salvo que se acredite suficientemente la necesidad de hacer frente a eventuales acciones legales derivadas de la decisión de denegación de accesos.

¹⁴ <https://www.vacunacovid.gob.es/>

¹⁵ Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia Número 217. VACUNAS Y TRABAJO. Dr. Jaime SEGALÉS FIDALGO.

- El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
 - Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.
 - Y si bien es cierto que el artículo 9 determina los límites al consentimiento informado, no es menos cierto que estos están previstos ante la negativa del enfermo, pero no para un contexto de prevención impuesto a un colectivo sano.
- ✓ RD 664/1997 de 12 de mayo sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que en su artículo 8.3 determina que cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación.
 - ✓ Orden ESS/1451/2013 de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario, que en su artículo 6 determina que si la evaluación de riesgos revela que existe un riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores debido a la exposición a agentes biológicos para los que existen vacunas eficaces, la vacunación debe ser ofrecida a dichos trabajadores, y para ello:
 - a) Se debe informar a los trabajadores de los beneficios y desventajas de la vacunación y de la no vacunación, incluyendo el posible impacto en su salud y en la de su entorno.
 - b) La vacunación debe ofrecerse de manera gratuita a todos los trabajadores y a los estudiantes que realicen actividades sanitarias y afines en el lugar de trabajo. En el caso de no aceptación de la vacunación ofertada deberá quedar constancia escrita de esta decisión.

De todo lo antedicho se desprende claramente la no obligatoriedad de las vacunas, y, por tanto, en el ámbito de las relaciones laborales, las compañías no pueden exigir a sus plantillas que cumplan con una obligación que no ha sido contemplada, impuesta o regulada, por la norma que corresponda.

Conforme al Plan de vacunación, aun partiendo del carácter voluntario de la misma, para su ejecución es necesario que, por parte de las autoridades competentes a nivel autonómico, se garantice el acceso a la vacunación de las personas que pertenezcan a los diferentes grupos poblacionales, en el momento correspondiente. Para ello, los departamentos de salud correspondientes deben de disponer de los datos de carácter personal necesarios para identificar a las personas integrantes de los grupos a vacunar y poder contactar con ellas para informarles sobre el acceso a esta prestación y a la operativa vacunal establecida en cada caso. A estos efectos, se está estableciendo, a

nivel autonómico, la obligación de las administraciones públicas y las entidades que dependen, así como de cualquier persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, de facilitar al Departamento de Salud los datos identificativos, de contacto, de edad, de carácter profesional o de salud, necesarios para la identificación y contacto de las personas integrantes de cada grupo de vacunación, que les sean requeridos, en el formato que se determine para garantizar la protección de los datos facilitados, y de forma diligente.

Finalmente puntualizar que, si la persona trabajadora decidiera vacunarse, tal y como se establece en los Criterios de Evaluación para Fundamentar Modificaciones en el Programa de Vacunación en España¹⁶: *en la vacunación es necesario el consentimiento Informado, habiendo consenso de que sea verbal, excepto en determinadas circunstancias en que se realice por escrito, como por ejemplo ante la administración de vacunaciones en el ámbito escolar donde los padres o tutores no están presentes. En este caso, será necesario contar con la autorización de los padres o tutores para administrar cualquier vacuna a los menores de edad.* Esta recomendación de autorización verbal también es aplicable a la situación de vacunación frente a la Covid-19.

Sin embargo, este contexto normativo se ha visto quebrado (habrá que ver el recorrido constitucional de la norma), por la reciente Ley 8/2021, de 25 de febrero de 2021, en la que, modificando la Ley de Salud de Galicia, introduce la posibilidad de someter a las personas a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, así como la regulación como infracción administrativa de la negativa injustificada al sometimiento de dichas medidas. Así establece que:

- ✓ Se considerará falta leve la negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en la ley, con la finalidad de prevención y control de una enfermedad infectocontagiosa transmisible, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población. Podrá ser sancionado con multa de hasta 3.000 euros.
- ✓ Se considerará falta grave, cuando pudieran producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población, siempre que no sean constitutivas de infracción muy grave, conllevado una sanción de hasta 60.000 euros.
- ✓ Se considerará falta muy grave aquella que produzca un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población, y puede ser sancionada con multa de hasta 600.000 euros.

Esta regulación autonómica como hemos dicho cambia el escenario en cuanto a la posible imbricación que pueda tener la negativa de un trabajador a vacunarse, porque más allá de su posible revisión constitucional, lo cierto es que, en su actual redacción, la autoridad sanitaria gallega ha publicado una norma por la cual puede obligar a

¹⁶https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/comoTrabajamos/docs/Criterios_ProgramaVacunas.pdf

administrar la vacuna a sus ciudadanos o a determinados trabajadoras (hecho éste que no se ha realizado por el Ministerio de Sanidad). Ante este escenario, el trabajador gallego no podría negarse a ser vacunado, si se decide que prime el interés colectivo frente al individual, aunque desde luego, ante tal complejidad técnica, deberemos estar atentos a las resoluciones dictadas por nuestros tribunales y jueces, y sobre si estos confirman la vacunación forzosa ante las determinadas colisiones de derechos que pudieran surgir. En cualquier caso, queremos destacar el reciente Dictamen emitido por la Fiscalía del Tribunal Supremo que determina que en tanto que la ley no establezca obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas para justificar la administración forzosa de la vacuna.

Tampoco por tanto puede exigirse por las empresas como condición para la contratación de sus candidatos, que éstos estén vacunados, ya que las libertades y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución para cualquier ciudadano no pueden ser privados por la celebración de un contrato de trabajo.¹⁷

En resumen, el empresario o las compañías, no pueden estigmatizar a las personas trabajadoras que en el libre y legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales opten por no vacunarse, lo contrario supondría además de una discriminación, una represaría empresarial que, por ser una acción prohibida, implicaría su nulidad.

El Registro Estatal de Vacunación

Como acabamos de ver, la vacuna frente a la Covid-19 no es obligatoria, sin embargo, conforme a la Estrategia de vacunación se contempla la creación de un registro nacional que, en colaboración con las CCAA, albergue los datos de vacunación frente a la Covid-19 de todo el país.

Conforme a dicho documento, el objetivo del registro de esta vacunación es tener constancia de las dosis y de los tipos de vacunas frente a la Covid-19 que se van administrando y en qué grupos de población. Además, se utilizará para calcular las coberturas de vacunación que se van alcanzando de manera paulatina.

En este registro se incluye toda la población diana de vacunación que se vaya priorizando en función de la disponibilidad y tipo de vacunas. Se recogen variables de identificación de la persona vacunada, la localización de la vacunación, datos de la vacuna administrada y el motivo o indicación de vacunación. La información sobre el proceso de vacunación también es compartida por el Gobierno de España al Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades (ECDC).

Las CCAA comunican diariamente los datos de las personas vacunadas a Sanidad, información que se mantendrá hasta al menos la finalización de la crisis sanitaria. Son las Consejerías de Sanidad de las CCAA y los centros de vacunación quienes están encargados de recoger los datos de todos los puntos en los que se administra la vacuna

¹⁷ Por toda sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

La creación del Registro Estatal de Vacunación frente a la Covid-19 ⁸ (así como de los registros autonómicos), es una medida que claramente tiene un gran impacto en materia de Protección de datos, cuyo tratamiento se despliega tanto en los casos en los que se registran las vacunaciones practicadas, como en los casos de rechazo, toda vez que conforme se regula en la Estrategia de vacunación, también se registran los casos de negativa a la vacunación, con la finalidad de conocer las posibles razones de reticencia en diferentes grupos de población.

Se establece, asimismo, en la Estrategia que se establecerá el procedimiento de pseudonimización y se cumplirá con la normativa vigente de protección de datos. Excede del objeto de este documento analizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de las Administraciones Públicas así como de la cesión de los datos desde las Administraciones autonómicas a la Central, aunque dejamos sentado que, como responsable del tratamiento de estos datos, el Ministerio de Sanidad debe cumplir tanto con las obligaciones generales sobre las condiciones del tratamiento ¹⁸ (base jurídica o legitimación para el tratamiento, plazo o criterios de conservación de la información, existencia de decisiones automatizadas o elaboración de perfiles, previsión de transferencias a Terceros Países, derecho a presentar una reclamación ante las Autoridades de Control, origen de los datos, categorías de datos, etc.), como con el cumplimiento de los principios relativos al tratamiento de los datos, y no sólo nos estamos refiriendo al principio de minimización o proporcionalidad, sino sobre todo, al principio de “limitación de la finalidad” que implica, por una parte, la obligación de que los datos sean tratados con una o varias finalidades determinadas, explícitas y legítimas y, por otra, la prohibición de que los datos recogidos con unos fines determinados, explícitos y legítimos sean tratados posteriormente de una manera incompatible con esos fines.¹⁹

Lo que entronca directamente con el siguiente apartado a analizar en relación al tratamiento de datos relativos a la vacunación, cuales son los certificados de vacunación.

Certificados de vacunación o certificado digital verde

El Sistema de Información para el seguimiento de la vacunación frente a la Covid-19 (REGVACU), determina que su finalidad será:

- a) Como finalidad principal, el análisis a efectos estadísticos y de georreferenciación, previo proceso de pseudonimización de los datos.
- b) Adicionalmente, la acreditación del acto de vacunación mediante la emisión del correspondiente certificado, previa solicitud expresa e inequívoca del interesado o su representante legal.

¹⁸ En esta materia se recomienda la lectura de la Guía para el cumplimiento del deber de informar, publicada por la AEPD. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-modelo-clausula-informativa.pdf>

¹⁹ <https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/principios>

A fecha de la elaboración del presente documento, los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea (UE) van abordar la creación de un certificado de vacunación de la Covid-19, con la propuesta de la Comisión Europea.

Conforme a la propuesta de la Comisión, un certificado digital verde es una acreditación digital de que una persona ha sido vacunada contra la Covid-19, o se ha realizado una prueba cuyo resultado ha sido negativo, o se ha recuperado de la Covid-19.

Sostiene la propuesta de la Comisión que el certificado contribuirá a garantizar que las restricciones actualmente en vigor puedan suprimirse de manera coordinada. Al viajar, todo ciudadano de la UE o de un tercer país que se encuentre o resida legalmente en la UE y esté en posesión de un certificado digital verde debe quedar exento de las restricciones a la libre circulación de la misma manera que los ciudadanos del Estado miembro visitado.²⁰

La propuesta sobre sus características son las siguientes:

- ✓ formato digital o en papel
- ✓ con código QR
- ✓ gratuito
- ✓ en la lengua nacional y en inglés
- ✓ seguro y fiable
- ✓ válido en todos los países de la UE

Existen posturas enfrentadas en relación a la posible vulneración del derecho de libertad de movimiento de los ciudadanos de la UE, si éste se vincula al hecho de estar o no vacunados.

El Gobierno de España considera el certificado de vacunación clave para recuperar la movilidad y favorecer el turismo. Sin embargo, desde la UGT, mantendremos una actitud in vigilando para que, en caso de que por los estados miembros de la Unión, finalmente se dé luz verde a esta medida, ello no implique la afectación de la movilidad de aquellos trabajadores que en cumplimiento de sus obligaciones laborales se ven obligados a viajar, y de alguna manera puedan ver limitada su libertad de movimiento en caso de haber optado por no vacunarse, con las consecuencias disciplinarias que dicha limitación pueda conllevar en el cumplimiento de sus deberes.

²⁰ https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/covid-19-digital-green-certificates_es

Esta colección nace con la voluntad, bien de aportar soluciones o herramientas útiles para el mundo del trabajo, o bien de efectuar un análisis de no excesiva enjundia, pero si con el rigor y claridad que precisa el objeto de estudio. *Análisis y Contextos* pretende atender las necesidades de muy diversa índole –jurídica, económica, social, etc.– que pueden surgir en el ámbito del mundo social, siempre desde una perspectiva práctica a fin de servir a la mayoría

51.41%

UGT

