



Resolución 2023S-1639-22 del Ararteko, de 10 de marzo de 2023, por la que sugiere a Osakidetza que reflexione acerca del interés público perseguido y la licitud aplicable en materia de protección de datos en relación con la suscripción del convenio con Mutualia.

Antecedentes

1. El Ararteko admitió a trámite una queja en la que su promotora solicitó la intervención de esta institución con motivo del posible incumplimiento de la normativa de protección de datos plasmado en un convenio sobre cesión de datos de salud suscrito entre Osakidetza y Mutualia.

2. En concreto, la persona reclamante expuso que había recibido una comunicación sindical, en la cual se informaba sobre el acuerdo entre Osakidetza y Mutualia, mutua colaboradora de la Seguridad Social, para facilitar que el personal facultativo de las dos organizaciones pudiese acceder de forma directa a los expedientes e historias clínicas de las personas que reciben asistencia de ambos servicios.

A raíz de la queja presentada, la institución del Ararteko detectó diversas informaciones publicadas en medios de comunicación y en la propia página web de Gobierno Vasco, indicativas de que, en desarrollo del pacto antedicho, se utilizarían aplicaciones informáticas con objeto de facilitar que el personal sanitario de las mutuas pueda acceder a las historias clínicas de las personas pacientes para conocer antecedentes, tratamientos que pueda estar recibiendo, analíticas, pruebas diagnósticas, etc., y de igual manera para que el personal de Osakidetza pueda conocer riesgos, afecciones, accidentes y tratamientos que en el ámbito laboral hubieran tenido los pacientes de la mutua. Asimismo, se indica en las noticias publicadas que el convenio prevé, no solo el acceso a la información, sino que, desde ambas entidades, se pueda incorporar nueva información a los expedientes e historias clínicas de las personas atendidas con el fin de compartir información, incorporar nuevos datos y evitar duplicidades en analíticas y pruebas diagnósticas.

A la vista de los hechos expuestos, el Ararteko remitió una petición de colaboración a Osakidetza en la que solicitó que aportara información sobre los siguientes extremos:

- El convenio o instrumento jurídico que articula las relaciones jurídicas entre Osakidetza y Mutualia entidad colaboradora con la Seguridad Social con el objeto expuesto en la reclamación.
- En relación con el principio de licitud: qué licitud o base jurídica habilita la cesión de datos personales entre las partes. En concreto, en qué supuestos





- regulados en el artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos se articula la cesión de datos de salud y, en su caso, en qué disposiciones o normas jurídicas.
- En el supuesto de que se fundamenten las cesiones en el consentimiento de la ciudadanía: de qué modo será recabado y qué entidad conservará prueba de la voluntad otorgada.
 - En relación con el deber de transparencia e información: qué fórmulas se utilizarán para informar a la ciudadanía acerca del contexto, naturaleza, responsabilidad, finalidad y derechos de la ciudadanía relativos al tratamiento de sus datos.
 - En relación con el principio de minimización: cuál es el alcance de los tipos de datos a compartir entre las partes y de qué personas. En concreto, si se compartirán datos de personas trabajadoras de Osakidetza o de ciudadanía con carácter general.
 - En relación con las herramientas técnicas o informáticas de conexión e intercambios de datos: qué perfiles profesionales de Osakidetza se encuentran autorizados a remitir datos. En su caso, qué perfiles profesionales de Mutualia tendrán acceso a datos personales de historias clínicas bajo custodia de Osakidetza y con qué alcance a información. En concreto, si el acceso y tratamiento de datos compartidos entre ambas organizaciones será accesible a personal administrativo, sanitario o de otras áreas y perfiles.
 - En relación con la seguridad de los datos: qué medidas de seguridad se aplicarán a las comunicaciones de datos entre las partes. En concreto, si las herramientas y plataformas técnicas para la entrega y acceso a datos personales de historias clínicas compartidas aplican medidas de acuerdo con el esquema nacional de seguridad y en su caso, si son medidas aportadas por Osakidetza, Mutualia, o previo pacto entre las partes en atención a sus propias medidas implementadas en sus propias organizaciones.
 - Cualquier información relacionada con estos extremos que considere de utilidad para una adecuada gestión de la reclamación como evaluaciones de impacto en la protección de datos o cualquier otro análisis e informe jurídico previo a la toma de decisiones y suscripción de pactos.

En respuesta a la solicitud de colaboración realizada, tuvo entrada en el registro de esta institución escrito de la directora general de Osakidetza de contestación a la petición de información realizada.

De forma resumida, se comunicó al Ararteko lo siguiente:

- Que el pasado 5 de mayo de 2022 se suscribió un “Convenio de colaboración entre Osakidetza y la Mutua Mutualia para permitir la visualización, lectura y/o incorporación documental a la historia/expediente de la Mutua de





- información contenida en la historia clínica de pacientes de Osakidetza y viceversa". Se aporta copia del convenio.
- En el informe de respuesta, Osakidetza explica que las personas pueden autorizar el acceso a la historia de Mutualia, que es un derecho, y que se garantiza que llegue la información sin trámites y sin repetir pruebas (se pone como ejemplo de esta motivación que así se evita la exposición excesiva a pruebas radiológicas). Que queda a la voluntad de las personas autorizar o no el acceso de Mutualia a la historia clínica de Osakidetza, por lo que se requiere la firma de un consentimiento expreso para permitir el acceso a la historia clínica de cualquier persona, sea paciente o persona trabajadora de Osakidetza. Se añade en el escrito de respuesta que es un derecho del paciente no exponerse a exploraciones reiteradas y a disponer de una sola historia clínica personal, radiológica-dosimétrica, abierta a la integración con los sistemas de información sanitarios. También se incluyen comentarios sobre el marco de relaciones con las organizaciones sindicales que no aportan aclaraciones al fondo de la cuestión objeto de análisis.
 - Finalmente, Osakidetza alude a la [disposición adicional tercera](#) 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 (en adelante, Ley de autonomía del paciente), relativa a la "coordinación de las historias clínicas" para fundamentar la decisión de suscribir el convenio con Mutualia.

Entendiendo, por tanto, que se disponen de los hechos y fundamentos de derecho suficientes, se emiten las siguientes:

Consideraciones

1. A tenor de los antecedentes anteriormente descritos, la queja planteada por la persona reclamante versa sobre el posible incumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de Osakidetza y Mutualia en base al acuerdo de colaboración suscrito. Sin embargo, esta institución no aprecia una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales de la persona reclamante, toda vez que no parece haber otorgado ningún consentimiento ni consta prueba alguna de que, en la práctica, se haya producido una cesión de los datos personales de la persona reclamante entre las entidades suscriptoras del convenio, por lo que no cabe apreciar una vulneración de la normativa aludida. Sin embargo, a tenor de información y documentación obrante en el expediente, el Ararteko tiene a bien sugerir que Osakidetza reflexione sobre los aspectos que se expondrán a continuación.





2. El Ararteko estima oportuno estudiar el tema planteado en consideración al derecho fundamental a la protección de datos en juego, y analizar el objetivo perseguido por la administración de acuerdo con el expositivo del convenio y del informe de respuesta aportado por Osakidetza.

En este sentido, Osakidetza indica en su respuesta a las aclaraciones solicitadas por el Ararteko, que el convenio suscrito con Mutualia el pasado mes de mayo de 2022 tiene por objeto permitir la visualización, lectura y/o incorporación documental a la historia clínica/expediente de la Mutua datos de salud.

Asimismo, se alude a la [disposición adicional tercera](#) de la Ley de autonomía del paciente relativa a la coordinación de historias clínicas, como fundamento para impulsar el convenio suscrito, en aras a evitar que los pacientes atendidos en diversos centros asistenciales se sometan a exploraciones y procedimientos de innecesaria repetición.

En este sentido, llama la atención del Ararteko que el convenio no contenga ninguna referencia a dicho precepto como objeto o motivo de desarrollo del fin perseguido por la administración pública.

Además, de la lectura de dicho precepto (DA3ª), cabe apreciar que corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo impulsar la coordinación y colaboración con las administraciones competentes de las comunidades autónomas tendentes a materializar dicho objetivo. Aspecto que no se consigna en el convenio, dado que no parece existir ningún otro instrumento jurídico de colaboración con la Administración General del Estado que sustente o desarrolle la facultad de alcanzar acuerdos del mismo tenor con otras entidades como las mutuas colaboradoras con la seguridad social.

De hecho, la mencionada disposición adicional tercera de la Ley de autonomía del paciente se desarrolla mediante el [Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud](#), de aplicación en todos los centros y dispositivos asistenciales que integran el Sistema Nacional de Salud, y aparentemente, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social no parecen encontrarse integradas en el Sistema Nacional de Salud, por cuanto su naturaleza jurídica responde a la definición de asociaciones de empresarios, de naturaleza privada, sin ánimo de lucro, cuyo objeto exclusivo es la colaboración en la gestión de la Seguridad Social bajo la dirección y tutela del Ministerio, con personalidad jurídica propia y capacidad de





obrar para el cumplimiento de sus fines según dispone el [artículo 80](#) de la Ley General de la Seguridad Social¹ (en adelante LGSS).

A juicio de esta institución, el convenio y las respuestas aportadas por la administración no contemplan el interés público perseguido por Osakidetza, que permita conocer el servicio público y asistencial que se pretende prestar a las personas pacientes del sistema sanitario público de Euskadi mediante la suscripción del convenio objeto de reclamación. En este sentido, se considera que el servicio público y asistencial del sistema sanitario público tiene su ámbito normativo basado en el derecho a la protección de la salud pública de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución Española (en adelante CE) y que los medios y actuaciones del sistema sanitario deben orientarse a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades (principio general del [artículo 3](#) de la Ley 14/1986 General de Sanidad).

El mencionado ámbito competencial parece diferir de las actuaciones de protección del sistema de seguridad social, en las cuales encajaría la actuación de la mutua, con objeto de facilitar las prestaciones económicas ante las situaciones de incapacidad temporal ([artículo 42 LGSS](#)) en desarrollo del artículo 41 CE.

Es más, el propio cuerpo del convenio refleja como objeto *"procurar facilitar a las personas profesionales de Mutualia habilitadas para acceder con un carácter asistencial a la información contenida en la historia clínica de Osakidetza de una persona paciente protegida/atendida en Mutualia la comprobación de las circunstancias de salud de esa persona, para que la Mutua pueda efectuar adecuadamente cualquiera de las actividades que tiene legalmente encomendadas (...)"* por lo que se asume que los datos de salud de pacientes de Osakidetza accesibles para la Mutua serán utilizados para sus propios fines que, como se ha razonado anteriormente, no pueden apartarse de la exclusiva colaboración en la gestión con la Seguridad Social. Aspecto que concuerda, como no puede ser de otra manera, con lo reflejado en los fines (artículo 3) y normativa reguladora (artículo 4) de los estatutos de Mutualia disponibles en el portal de transparencia de la organización (<https://transparencia.mutualia.eus/es/documentacion/>).

El Ararteko considera que el objeto del convenio y las explicaciones aportadas por Osakidetza, en respuesta a la solicitud de colaboración remitida por esta institución, no reflejan actuaciones orientadas al interés público fundamentadas en disposiciones aplicables en materia de protección de la salud de la ciudadanía, como pueden ser, entre otras, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, el Decreto 38/2012 de historia clínica, y especialmente, [el Decreto 127/2018, de 4 de](#)

¹ 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.

[septiembre, sobre requisitos y procedimiento para la suscripción de convenios específicos de vinculación con centros sanitarios de titularidad privada, sin ánimo de lucro, para la provisión de servicios sanitarios.](#)

3. Relacionado con las consideraciones anteriormente expuestas, cabe exponer y destacar la fundamentación en materia de protección de datos que el convenio y la respuesta de la administración motivan para instrumentalizar las cesiones de datos de personas pacientes entre Osakidetza y Mutua.

En concreto, en el convenio se indica que *“la exigencia de un consentimiento previo, expreso y por escrito de la persona (o su representante legal) cuyos datos se vayan a consultar en la historia clínica existente en Osakidetza, dada la no presencia de otras causas de licitud del tratamiento, se considera a los efectos de este convenio como la base jurídica de legitimación del tratamiento por los servicios sanitarios de la Mutua de los datos de salud contenidos en la citada historia clínica de Osakidetza, en aplicación de lo previsto en los artículos 6.1.a) y 9.2.a) del Reglamento 679/2016, de 27 abril, Reglamento Europeo de Protección de Datos.”*

Ciertamente, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD), regula el principio de licitud, lealtad y transparencia por cuanto los datos personales deben ser tratados de manera lícita, leal y transparente ([Artículo 5.1.a](#)). Ello significa que la recogida y tratamiento de datos personales exige una licitud o base jurídica habilitante que permita recabarlos con plenas garantías jurídicas.

El [artículo 6 del RGPD](#) ofrece en el apartado 1 las bases jurídicas de legitimación que permiten recabar y tratar datos personales y que, si bien contempla el consentimiento como licitud aplicable (apartado a), también dispone otras condiciones que interesa destacar, como las contempladas en los apartados c) y e):

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) (...);*
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- d) (...);*
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*



f) (...)"

Una lectura del considerando 43 del RGPD permite obtener una interpretación clara para elegir la licitud adecuada al tratamiento realizado en el ámbito de ejercicio de potestades públicas:

“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 un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. [...]”

Es reiterada la doctrina de las autoridades de protección de datos y de los órganos judiciales emitida en numerosos informes jurídicos y resoluciones que, con carácter general, considera que el consentimiento no es el medio deseable para legitimar el tratamiento de datos personales cuando actúa una administración pública, a tenor de la definición del artículo 4.11 del RGPD *“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;”*. Por lo tanto, una reflexión profunda sobre la necesidad de acudir a dicha causa de legitimación debería realizarse a la luz de los principios generales que forman la voluntad de la persona, es decir, si la persona interesada puede decidir de una forma inequívoca, voluntaria y libre si otorga o no el consentimiento; sin sufrir perjuicio alguno; si acontecen relaciones o situaciones de igualdad entre las partes; donde se da un cierto equilibrio de poder; y en definitiva, si la persona tiene una auténtica libertad de elección y por tanto, posteriormente es capaz de retirar el consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.

Elementos y principios del consentimiento que, previamente a la suscripción del convenio, quizá deberían contrastarse con las Directrices 5/2020 en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679² emitidas por el Comité Europeo de Protección de Datos.

En cualquier caso, la Administración ha de actuar siempre vinculada a la ley y al derecho, por lo que, con carácter general, su actuación tanto en el campo del derecho público como del derecho privado vendría amparada por el concepto de interés público previsto en el artículo 6.1.e) RGPD o por el cumplimiento de una obligación legal atribuida al responsable del tratamiento, que en nuestro derecho equivaldría a una obligación establecida en una norma con rango de ley.

² https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf



Así se refleja en el [artículo 8](#) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), al regular el tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos y, por lo tanto, la base jurídica del tratamiento en las relaciones con la administración, en aquellos supuestos en que existe una relación en la que no puede razonablemente predicarse que concurra una situación de equilibrio entre el responsable del tratamiento (la administración) y la persona interesada, no sería el consentimiento (art. 6.1.a) RGPD), sino, según los casos, el cumplimiento de una obligación legal o el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos tal y como se ha pronunciado la doctrina de la Agencia española de protección de datos ([Informe 175/2018](#)).

Quiere esto decir, que, si la Administración se encuentra vinculada por el principio de legalidad, de manera que sólo puede llevar a cabo aquello para lo que el ordenamiento jurídico le permite expresamente, en el sentido de lo dispuesto en los artículos 9.1 y 103 de la Constitución, la actuación prevista no podrá llevarse a cabo sin que previamente el ordenamiento le atribuya dichas potestades.

Potestades que, como se ha expuesto en anteriores consideraciones, no se han planteado en el objeto o cuerpo del convenio y, en consecuencia, la licitud o base jurídica habilitante para el tratamiento de datos en base a los apartados 6.1.c) o e) del RGPD tampoco aparecen previstas en el citado instrumento jurídico ni se aporta en el informe de contestación.

4. Finalmente, el tratamiento de datos de categoría especial, como son los datos de salud, exige una causa o excepción que permita levantar la prohibición general de su recogida establecida en el [artículo 9.1 del RGPD](#).

Para conocer qué excepciones legitiman el tratamiento de datos de salud por las administraciones públicas basta con acudir al [artículo 9](#) de la LOPDGDD cuyo apartado 2 dispone:

“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”.

La [Disposición adicional decimoséptima](#) de la citada LOPDGDD, referida a los tratamientos de datos de salud, ampara en los epígrafes arriba citados del art. 9.2





del RGPD y 9.2 de la LOPDGDD, los tratamientos de datos relacionados con la salud y de datos genéticos regulados en las leyes y sus disposiciones de desarrollo.

De este modo, la actuación de Osakidetza y la base jurídica de legitimación para el tratamiento y cesión de datos de salud debería tener su encaje en las normas previstas en la disposición adicional decimoséptima de la LOPDGDD, es decir, en los artículos 6.1 apartados c) y e) del RGPD y 8 de la LOPDGDD y normativa sectorial aplicable. Licitud y normas que no se aluden en el cuerpo del convenio ni en las respuestas aportadas por la administración.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención del Ararteko la ausencia de referencias a las medidas de seguridad aplicables a las transmisiones de datos que se pretenden realizar entre las partes suscriptoras del convenio. Sin carácter exhaustivo, no se contemplan aspectos jurídicos y técnicos que quizá convendría articular, como por ejemplo, actividades de tratamiento de las organizaciones suscriptoras que amparan el tratamiento y la obligación de publicación de las mismas en el portal de transparencia, tipos de datos objeto de acceso y tratamiento en base al principio de minimización, metodología de gestión de brechas de seguridad y su coordinación, gestión de derechos por las personas pacientes, medidas de seguridad técnicas aplicables de acuerdo con lo dispuesto en el esquema nacional de seguridad, participación y coordinación de las personas delegadas de protección de datos, etc.

Por todo ello, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985 de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva a Osakidetza la siguiente:

SUGERENCIA

- Se sugiere reflexionar acerca del interés público perseguido por Osakidetza mediante la suscripción del convenio, dado que su objeto y desarrollo no contiene una referencia a la competencia expresa en la que se fundamenta la actuación de la administración pública que permita conocer el servicio público y asistencial que se pretende prestar a las personas pacientes del sistema sanitario público de Euskadi.
- En materia de protección de datos, se sugiere tener en cuenta la normativa y la interpretación doctrinal de las autoridades de control para determinar la base jurídica aplicable al tratamiento y cesión de datos personales pretendido por Osakidetza que, con carácter general, se debe fundamentar en el cumplimiento de una obligación legal o el cumplimiento de una misión de interés público o en el ejercicio de poderes públicos.



