

Audiencia Nacional. Sentencia de 02-03-2006. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera. Tratamiento de datos de salud. Control del absentismo laboral.

La AN desestima el recurso.

Madrid, a dos de marzo de dos mil seis.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo número 360104 interpuesto por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad "ENTIDAD A", contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos, de 17 de mayo de 2004, por la que se le impone a dicha entidad una sanción de 60.101,21 euros, por una infracción del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD) ,tipificada como infracción muy grave en el artículo 44.4.c) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el 45.5 de la citada Ley. Ha sido parte demandada la AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido el presente recurso y previos los oportunos trámites se confirió traslado a la parte actora para que formalizase la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 3 de enero de 2005 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, termina solicitando, en esencia, que se dicte sentencia estimando el recurso y declarando la nulidad de la resolución recurrida, revocándola y dejándola sin efecto; subsidiariamente, en su defecto ordene su sustitución por una sanción leve del art.44.2.d) de la LOPD por un importe de 601,01 euros dada la concurrencia de circunstancias que denotan una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o la antijuricidad del hecho, según recoge el art.45.LOPD.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado en el que, tras formular las alegaciones que estimó procedentes, solicita el dictado de sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución impugnada por ser ajustada a derecho.

TERCERO.- Seguidamente, se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada. Recibido el pleito a prueba, se practicaron aquellas pruebas cuyo resultado obra en autos. A continuación, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Finalmente, se fijó como día de la deliberación y votación el 1 de marzo de 2006, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido PONENTE el Ilmo. Magistrado D.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo tiene como objeto la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos, de 17 de mayo de 2004, por la que se le impone a dicha entidad actora una sanción de 60.101,21 euros, por una infracción del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), tipificada como infracción muy grave en el artículo 44.4.c) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el 45.5 de la citada Ley.

La resolución administrativa originaria se sustenta en los siguientes hechos:

PRIMERO: *"ENTIDAD B" suscribió, en fecha 29 de diciembre de 1995, con la empresa "ENTIDAD A" un contrato cuyo objeto es la contratación de los servicios de control del absentismo laboral. En el mes de enero de 2001, se modificó el mencionado contrato, sustituyendo el objeto del mismo por contrato de servicios médicos, debiendo prestar asistencia sanitaria a los trabajadores no sólo durante la situación de baja laboral por causa médica, sino también antes y después de la misma, y para cuya mejora se contrató el servicio. El servicio médico prestado por "ENTIDAD A" también sirve para habilitar la reconducción individual, por "ENTIDAD B" mediante el ejercicio de la facultad de control del absentismo laboral que asiste a la Sociedad anónima respecto a sus trabajadores conforme al artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores. "ENTIDAD B" considera que ha informado a los trabajadores del control mencionado a través del Aviso interno de la empresa nº xxxxx, de 25 de abril de 198R, publicado en todos los centros de trabajo de la empresa, en cuyo apartado 4º señala: Por último, recordar que todo empleado en situación de baja por enfermedad, debe solicitar permiso para justificar una ausencia domiciliaria. El mencionado permiso es extendido por el médico de empresa que le visite en su domicilio.*

SEGUNDO: *En la estipulación quinta del citado contrato se establece la sistemática de actuación. Ésta consiste en que "ENTIDAD B" comunica las incidencias de sus trabajadores a "ENTIDAD A". "ENTIDAD A" visita al trabajador en 24-48 horas. En función de la situación administrativa o médica, efectuará las visitas de seguimiento necesarias para llegar a un diagnóstico y pronóstico laboral. "ENTIDAD A" puede efectuar acciones puntuales durante la baja y también, a demanda de "ENTIDAD B", para valorar actuaciones médicas anteriores o posteriores de la misma. "ENTIDAD A" notificará a los responsables de las correspondientes Áreas Operativas y Gerencias de líneas la realización del acto médico mediante los mecanismos que se determinen en cada caso. Esta notificación sólo contendrá información administrativa, calificando la situación de cada trabajador (justificada, injustificada, dirección incorrecta, no contesta, actitud negativa, etc...) así como fecha probable de reincorporación laboral(Folios 23-24).*

TERCERO: *En la estipulación sexta del contrato se indica el desarrollo de la prestación. El apartado 111 de la estipulación señala De conformidad con lo previsto en el artículo 7.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos relativos a la salud de los trabajadores de "ENTIDAD B" recabados con ocasión del servicio médico de atención asistencial objeto del presente contrato, únicamente serán tratados automatizadamente cuando el facultativo que los recabe al explorar el apaciente lo reputa necesario, de acuerdo con la lex artis, para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios.*

Dicho tratamiento será realizado por profesionales sanitarios de "ENTIDAD A" sujetos a secreto profesional, quienes incorporarán tales datos a un fichero, de titularidad de esta empresa, inscrito en el Registro General de Protección de Datos.

En atención al carácter sensible que revisten los datos de salud, "ENTIDAD A", sin perjuicio de la necesaria colaboración profesional con el servicio público de la empresa de "ENTIDAD B", no cederá a ésta última ninguno de los datos de salud incorporados a su fichero. La única información que, como resultado del servicio médico desarrollado, "ENTIDAD A" facilitará a "ENTIDAD B" se limitará al carácter justificado o no de la baja del trabajador, a efectos de posibilitar el ejercicio por "ENTIDAD B" de la facultad de control del absentismo laboral, que asiste a esta empresa al amparo del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores (Folios 24-25)

CUARTO: *"ENTIDAD A" ha elaborado un procedimiento normalizado para efectuar una visita domiciliaria, en el cual se establece que cuando el médico de la empresa se identifica al paciente, se le informa del objetivo de su visita, que estribará en valorar la confección del diagnóstico, efectuar, en su caso, un diagnóstico alternativo, valorar si es correcto o no el tratamiento, valorar las exploraciones complementarias para agilizarlas y analizar la posible relación con su puesto de trabajo(Folio 59).*

QUINTO: *"ENTIDAD A" presenta a los trabajadores visitados un documento denominado "Justificante de vista médica", que tiene dos hojas de papel autocopiativo, una para el médico y otra para el visitado. En el pie del Justificante se incluye la leyenda siguiente: Doy mi consentimiento para que los datos de salud obtenidos en esta visita médica puedan ser registrados en ficheros automatizados cuyo titular es el Servicio Médico de "ENTIDAD A", con fines diagnósticos y podré ejercitar sobre ellos el derecho de acceso y, en su caso, de modificación y/o cancelación. "dirección ENTIDAD A". (Folios 179-180).*

SEXTO: *"ENTIDAD A" ha manifestado que la mayoría de los trabajadores se niega a su firmar del Justificante de visita médica)". (Folio 171).*

SÉPTIMO: *"ENTIDAD A" crea un fichero en el que registra datos de salud de los empleados visitados a instancias de "ENTIDAD B".*

SEGUNDO.- La presente resolución impugnada razona que la parte recurrente, "ENTIDAD A", no ha acreditado la existencia del consentimiento expreso e informado de forma completa de los trabajadores de la Empresa "ENTIDAD B" (en adelante "ENTIDAD B") que son visitados por médicos de esa sociedad. Ciertamente, *cuando* actúan los médicos de la entidad demandante se identifican al paciente, les informa del objeto de su visita, que estribará en la corrección del diagnóstico, en *efectuar*, en su caso, diagnóstico alternativo, en valorar si es correcto o no el tratamiento, en valorar las exploraciones complementarias para agilizarlas y analizar la posible relación con su puesto de trabajo. Sin embargo, recalca la resolución recurrida, no aparece en la documentación aportada por esa Sociedad que se informe al *afectado* de la segunda de las funciones que ha de prestar "ENTIDAD A" e incluidas en el contrato de prestación de servicio que ha suscrito con Transportes de Barcelona SA: servicio médico prestado por "ENTIDAD A" para habilitar la reconducción individual por "ENTIDAD B" mediante el ejercicio de la facultad de control del absentismo laboral que asiste a la Sociedad anónima respecto de sus trabajadores conforme al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores.

En consecuencia, resalta el acto administrativo, que en la leyenda incluida "en el justificante de visita médica" que se presenta ante cada empleado en el momento de la visita, y sobre la que ha de basarse la información relativa a la finalidad del tratamiento que aquel consiente, no informa de modo expreso, preciso e inequívoco de que una de las finalidades del tratamiento está relacionada con el control del absentismo laboral que constituye, al menos, una parte del servicio que "ENTIDAD A" ha concertado con "ENTIDAD B", por lo que no ha podido obtener el consentimiento expreso para dicho tratamiento.

Continúa el acto recurrido señalando que "ENTIDAD B" está habilitada legalmente para controlar las bajas o absentismo de su trabajadores y para el seguimiento de las enfermedades padecidas por los mismos, y ese control se puede delegar en la hoy recurrente, siempre que el tratamiento de datos relativos a la salud que dicha Sociedad limitada obtiene e incorpora a su propio fichero (titularidad de "ENTIDAD A") lo haga con el consentimiento expreso de los afectados. Ambas empresas han suscrito un contrato en tal sentido que incorpora las garantías exigidas por el artículo 12 de la LOPD. La recurrente incorpora esos datos de salud de los empleados de "ENTIDAD B" en un fichero llamado "FICHERO de entidad B", inscrito en el Registro General de Protección de Datos con la denominación "Diagnósticos y Actuaciones Sanitarias", del que la misma es responsable, decidiendo sobre el contenido y uso del tratamiento de los mencionados datos de salud, si bien en el ámbito de la prestación de servicios contrastada y con exigencia del cumplimiento de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente.

Por todo lo expuesto, la resolución recurrida entiende que la conducta de la recurrente determina su responsabilidad en una infracción del artículo 7. 3 de la LOPD, sin que se admita la alegación de la esa empresa de que los trabajadores de "ENTIDAD B" tenían conocimiento del citado contrato suscrito entre ambas empresas("ENTIDAD A" y "ENTIDAD B") porque que en todos los Centros de Trabajo se publicó un Aviso Interno nº xxxx haciendo referencia a ese contrato médico contratado por la empresa de transportes. Y ello porque el artículo 6 de la LOPD establece unos criterios sobre el consentimiento del afectado que no se cumple en tal aviso interno, ya que en el mismo no se menciona en absoluto la actuación de "ENTIDAD A".

Finalmente, se encuadra esa conducta como una infracción muy grave del artículo 44.3.c) de la LOPD: *Recabar y tratar los datos de carácter personal a los que se refiere el apartado 2 del art. 7 cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; recabar y tratar los datos referidos en el apartado 3 del art. 7 cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente, o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del art. 7*; si bien se reduce la multa prevista para las infracciones muy graves a otra 60.101,21 euros, de conformidad con el artículo 45.5 de la LOPD, ya que se aprecia el esfuerzo de la recurrente por modificar su actuación y su adecuación a la normativa de *protección* de datos.

TERCERO.- La entidad mercantil recurrente invoca cinco motivos - de impugnación. En primer lugar, señala que el expediente administrativo ya estaba legalmente caducado cuando se notifica dicta la resolución que lo pone fin, dado que se inició el 25 de noviembre de 2003 y la resolución se notificó el 25 de mayo de 2004, por lo que se ha sobrepasado el plazo de caducidad de 110 días previsto en el Real Decreto 1332/1994 en relación con el 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, incluso el de 6 meses previsto en el artículo 42.2 de ésta última Ley.

En segundo lugar, alega que la infracción imputada no se ha concretado en el expediente, pues no se especifica cuándo la misma ha ocurrido, ya que en autos sí constan indicios de que la actora obtuvo el consentimiento de los afectados (ausencia de denuncias por los trabajadores o los sindicatos), y que, además, concurren evidencias de existencia de consentimiento de éstos, tanto oral (por el visitador) como por escrito (protocolo de actuación de "ENTIDAD A", la información que se efectúa a los Sindicatos sobre sus servicios, su constante información y formación a los médicos, y los mismos boletines de asistencia entregados a los trabajadores). A los folios 236 a 241 figura la documentación que acredita la específica información al trabajador de la finalidad del servicio, que en determinadas ocasiones podrá servir a la empresa para el control del absentismo laboral. Incluso al folio 175 consta una solicitud de un trabajador sobre la remisión de su informe médico, lo que evidencia que los trabajadores tienen conocimiento de la existencia del fichero con sus datos médicos, y que éstos han sido obtenidos con su consentimiento, porque en otro caso ya hubiera habido denuncias. Por todo ello, considera que la sanción ha de declararse nula.

En tercer lugar, y ligado íntimamente al anterior motivo, considera la recurrente que la infracción ha prescrito, puesto que no se sabe cuándo ha acaecido, ya que no se indica ello en los hechos probados, y dado que el contrato en que ampara esa actuación de la recurrente es de 1995, evidentemente cuando se incoa el procedimiento sancionador (25 de noviembre de 2003) ya había prescrito la infracción, aunque se le califique como muy grave(plazo de prescripción de 3 años- art. 7 LOPD).

En cuarto lugar, reitera que en cualquier caso no existe prueba de cargo contra esa entidad, pues la resolución recurrida se limita simplemente a remitirse a una sentencia que nada tiene que ver con el caso de autos, porque su actuación no supone comunicar datos de salud de los afectados a un tercero, sino únicamente facilitar información operativa que cumple los requisitos previstos en el art.7.6 de la LOPD; deber de información que se ha cumplido como se deduce de los folios 236 a 241 del expediente. Pero es que, además, en el presente caso dicha parte exige el consentimiento expreso al afectado, cuando en el otro caso al que se refiere aquella sentencia en la que se fundamenta la resolución recurrida se aducía solo la no obligatoriedad de ese consentimiento por entenderse amparado por la excepción establecida a favor de los servicios médicos.

En quinto lugar, reitera ya lo expuesto de que en el caso de autos sí existe el consentimiento expreso del art.7.3 de la LOPD, por lo que, de acuerdo con la ya expuesto en tal sentido, no existe culpabilidad en su actuación. Más cuando no se especifica las personas a quienes se les han recabado datos médicos sin su consentimiento, o de los médicos que obtuvieron los datos sin el preciso consentimiento del paciente, lo que hace que sea imposible acreditar que sí se obtuvo el consentimiento en su día.

En sexto lugar, entiende dicha parte que, en cualquier caso, la conducta imputada, aunque fuera cierta, no sería tipificable como una falta muy grave del art. 44c) de la LOPD, sino en una leve del artículo 44.2.d), en relación con el 5.1 de esa misma Ley Orgánica, ya que acreditado que el consentimiento queda reflejado en el boletín de visita médica (hecho probado quinto), y la única irregularidad acreditada sería que no se ha probado que se ha proporcionado la información a los trabajadores visitados de las consecuencias (directas o indirectas) de la obtención de los datos.

Por último, y con base al anterior motivo, considera la mencionada parte recurrente que la conducta de la actora sería encuadrable en una infracción leve en su menor grado, ya que ha existido una disminución de culpabilidad y antijuricidad del hecho (art.45.5 LOPD) como se establece en la propia resolución recurrida.

CUARTO.- El primer motivo alegado ha de decaer. No es puesto en discusión por las partes, y a así se acredita del expediente administrativo, que el presente procedimiento sancionador se incoó el 25 de noviembre de 2003(f. 145) y la

resolución que lo puso fin se notificó el 25 de mayo 2004)(f.286) .

El plazo de caducidad a aplicar en el presente caso es el establecido en el artículo 20.6 del RD 1398/1993, que dispone: *"Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los art 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el art 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones*

Por lo tanto, el plazo de seis meses no había transcurrido cuando se le notifica a la actora la resolución sancionadora, debiéndose tener en cuenta que en los plazos por meses se ha de aplicar lo establecido en el artículo 5 del Código Civil, que prevé que en estos casos el término se computará de fecha a fecha. En este sentido citar la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2003 invocada por la Abogacía del Estado(rec. Casación /2000),concretamente su particular que dice *Aplicando tal jurisprudencia al caso aquí enjuiciado, dada la análoga redacción del actual artículo 46. 1 de la Ley Jurisdiccional, si el acto impugnado se notificó el día 7 de mayo de 1999, como así se reconoce expresamente por la parte recurrente, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo vencía el 7 de julio de 1999, por lo que el recurso interpuesto el día 8 siguiente es extemporáneo. Es este el criterio sentado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 2000, que ya se refiere a la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; debiéndose destacar que la corrección del sistema del cómputo de fecha a fecha, tal y como ha quedado expuesto, ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia número 32/1989, de 13 febrero, en la que se examinó un supuesto idéntico al que aquí nos ocupa en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24. 1 de la Constitución*

QUINTO.- Entrando ya a conocer del fondo del asunto objeto de este litigio, se ha de precisar que el acto recurrido concreta, contrariamente a lo alegado por la recurrente, el hecho por el que ha sido sancionada la misma, como es que ha recabado e informatizado datos de salud en los servicios médicos por ella prestados, referidos en algunos casos al control de absentismo laboral de trabajadores de la empresa "ENTIDAD B", sin contar con el consentimiento expreso e informado de los afectados.

De hecho, tal se deduce de la demanda, la actora reconoce que recaba datos de salud de los trabajadores de "ENTIDAD B" y con ellos ha formado un fichero; es decir, reconoce que está tratando los datos personales de la salud de dichos trabajadores, pero amparada en el contrato de prestación de servicios que en tal sentido había formado con aquella empresa. El presente expediente disciplinario

se incoa, el 25 de noviembre de 2003, a raíz de una denuncia presentada el 18 de junio de 2001 y tras las actuaciones de investigación de los inspectores de la Agencia de Protección de Datos. Concretamente, en la visita de 27 de noviembre de 2002 se comprueba por los inspectores de la Agencia la existencia de esos hechos no discutidos de tratamientos automatizados realizados por parte de la actora de los datos de salud de los trabajadores de "ENTIDAD B", apareciendo datos de bajas y altas de 27 de noviembre de 2002, lo que evidencia que cuando se incoa el expediente, incluso en el supuesto de que posteriormente a esa fecha de la inspección no se efectuaran más tratamientos, la infracción imputada, de carácter muy grave, no había prescrito de conformidad con lo establecido en el artículo 47.1 de la LOPD (plazo de tres años). Pero es más, la existencia de esos datos de salud en un fichero de datos sin el consentimiento expreso de sus afectados sigue desplegando sus efectos antijurídicos de forma permanente mientras sigan existiendo allí incluidos.

SEXTO.- Aceptado por la recurrente el dato esencial de que, efectivamente, efectuó ese tratamiento de datos de salud de dichos

trabajadores en los términos expuestos, la cuestión se centra ahora en determinar si la misma poseía para ello el consentimiento inequívoco de los mismos, como refiere el artículo 6.1 de la LOPD: *El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.* ; y expreso, como exige el artículo 7.3 de la LOPD:

Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a (a 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.

Se ha de aclarar también que aquí no se está imputando a la recurrente la cesión de esos datos de salud a un tercero, sino si los ha tratado o no con el consentimiento expreso del afectado. La entidad recurrente alega que la misma sólo solicitaba los datos de salud de esos trabajadores con finalidades puramente médicas, por lo que sería de aplicación el artículo 7.6 de esa misma LOPO: *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. . . .*

Sin embargo, la concreta imputación que se le efectúa a dicha parte es que esos datos personales de salud que se les recababa al trabajador lo eran para elaborar un fichero sobre absentismo laboral, aparte de sus fines puramente médicos, sin que hubiera contado con el consentimiento inequívoco y expreso de dicho afectado conforme a los preceptos de la LOPD arriba expresados.

La figura del consentimiento que prevé dicho artículo 6.1 de la LOPDha sido objeto de estudio por esta Sala en distintas sentencias. Así, en la sentencia de fecha 30 de junio de 2004 (rec. 619/2002), establecíamos con carácter general:

Ello puesto que uno de los pilares básicos de la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos es precisamente el principio del consentimiento o autodeterminación, principio cuya garantía estriba en que el afectado preste su consentimiento consciente e informado para que la recogida de datos sea lícita, y que se plasmaba ya en el artículo 6.1 de la LORTAD de 1992 EDL 1992/16927, a cuyo tenor, el "tratamiento automatizado de datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa": precepto reproducido en el nuevo art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/99, que para resaltar la importancia del consentimiento del afectado, califica la prestación del consentimiento añadiendo la expresión "inequívoco".

Se trata de una garantía fundamental, legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, en desarrollo del art. 18.4 de la Constitución EDL 1978/3879, dada la notable incidencia que el tratamiento automatizado de datos tiene sobre el derecho a la privacidad en general, y que sólo encuentra como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que, por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma de rango de Ley.

Anteriormente, en la sentencia de fecha 25 de octubre de 2002 (rec.185/2001), aunque referida a la LORTAD, señalábamos la obligación de acreditar el consentimiento expreso del afectado y la forma en que se debería de hacer:

El art 6.1 de la LO 5/1992 establece que el "tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá del consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa". Por lo tanto corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la ley, sólo el consentimiento justifica o legitima el tratamiento. Consentimiento que, por lo demás, debe ser dado previa la información contenida en el art 5 de la Ley y siendo por lo tanto el emisor del consentimiento consciente del alcance de lo que hace.

Con respecto a la relación entre el artículo 6.1 y el 7.3 de esa misma LOPD, en la sentencia de fecha 26-9-2002 (rec. 581/2001) decíamos:

Siendo así que es regla general la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de datos de carácter personal (artículo 6.1 Ley Orgánica 15/99) -y sabemos que el legislador ha querido reforzar esta exigencia cuando se trata de datos especialmente protegidos (artículo 7.2 y 7.3 Y-las excepciones a dicha norma general, como la prevista en el artículo 7.6 , deben ser interpretadas de modo estricto sin que quepa admitir otros casos de dispensa del

consentimiento distintos al que aparece expresamente contemplado en la norma. Pues bien, las circunstancias concurrentes en el caso que examinamos impiden que la actividad de la recurrente pueda considerarse incluida el caso previsto en el citado precepto. Veamos.

Con relación al artículo 7.3 Y la excepción prevista en el 7.6, ambos de la LOPD, señalábamos en nuestra sentencia de fecha 12 de abril de 2002(rec. 1271/2000) :

El arto 7º de la Ley 15/99, al igual que su correlativo de la Ley anterior, configuran bajo la rúbrica general de "Datos especialmente protegidos", un régimen especialmente cualificado, con protección mas intensa, para aquellos datos personales que proporcionan una información de esferas íntimas del individuo.

En concreto sobre los datos relativos a la salud, se han seguido los criterios del legislador europeo plasmado en el arto 6 Convenio 108/81 del Consejo de Europa, para la protección de personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal y el art.8º de la Directiva 95/96/CEE de 25 de octubre de 1995, y se considera que sólo pueden ser recabados, tratados o cedidos, cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente (art. 7.3 de la LORTAD y 7.3 de la LOPD).

A pesar de lo anterior, ". las instituciones y los centros sanitarios públicos o privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que aquellos acudan hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con la legislación estatal o autonómica sobre sanidad" (art. 8º). Ley anterior se refería específicamente a determinadas leyes sanitarias, pero en lo demás era exactamente igual a la vigente.

La novedad se encuentra en el apartado 6 del arto 7, que establece que "No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento de datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento se realice por profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otras persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

También podrá ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona en el supuesto de que el afectado esté física y jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento".

SÉPTIMO.- Pues bien, a la vista de la doctrina expuesta, se han rechazar los motivos del recurso que atacan el acto recurrido por causa de inexistencia de

culpabilidad y de tipicidad en la conducta imputada a la recurrente, al entender ésta que sí ha habido ese consentimiento expreso del afectado. Y ello porque en el presente caso existe un hecho no cuestionado como es que inicialmente el contrato que suscribieron "ENTIDAD A" y "ENTIDAD B" tenía como finalidad controlar el absentismo laboral de los trabajadores de esta última, si bien luego se modificó su objeto y se estableció que era con la finalidad de efectuar prestaciones médicas exclusivamente. Lo cierto es que ese hecho es un antecedente fundamental, porque el cambio del objeto del contrato suscrito por las citadas entidades no suprimía la finalidad de utilizar dichos datos de salud para que "ENTIDAD B" efectuara el control de absentismo laboral de sus trabajadores, particular este que "ENTIDAD A" no niega y así lo confirma cuando a los inspectores de la Agencia (f.46) sus representantes les informan que el objeto social de esa empresa es la prestación de control de absentismo laboral a terceros, la prestación de servicios sanitarios incluyendo los de carácter preventivo y la realización de reconocimiento médico para la obtención y revisión del permiso de conducir.

Por lo tanto, acreditado que se ha producido por parte de la hoy recurrente un tratamiento de datos de salud de los trabajadores de "ENTIDAD B", amparado en el contrato de prestación de servicios que ambas suscribieron, lo esencial en este momento es resolver si dicha actora, de conformidad con la Doctrina arriba expuesta, ha probado que, previamente a la obtención y tratamiento de esos datos de salud mediante su inclusión en un fichero que servía para que "ENTIDAD B" realizara control de absentismo sobre sus propios trabajadores, ha obtenido del trabajador interesado consentimiento expreso e informado para tratar esos datos personales para esa finalidad concreta del control del absentismo.

En primer lugar, la actora aduce que existen indicios de existencia de ese consentimiento, como son que no ha habido denuncias concretas. Obviamente, la no denuncia de un concreto trabajador no significa en absoluto que el mismo haya dado su consentimiento expreso a que sus datos de salud sean tratados para esa finalidad; además, el presente procedimiento se inicia a causa de una denuncia de un sindicato. Respecto a las informaciones que los visitantes médicos de "ENTIDAD A" daban a los trabajadores, sólo eran referidas a sus datos de salud en su sentido estricto, pero en ningún caso consta con prueba alguna en tal sentido que el trabajador estuviera informado de que esos datos iban a incluirse en un fichero con la finalidad de que "ENTIDAD B" controlara el absentismo laboral y diera ese consentimiento expreso e inequívoco. El hecho de que un trabajador solicitara datos sobre su salud, no prueba ni indiciariamente que los diera para incluirlos en un fichero con la finalidad de controlar el absentismo laboral.

Ciertamente, la actora aporta una documentación de lo que ella afirma como protocolo de actuación de sus médicos y de la información que dice se le daba a cada trabajador (folios 236 a 241 del expediente), pero en ninguna de esa documentación se indica, como correctamente apunta la resolución recurrida, que

se informara a los trabajadores de que sus datos de salud se iban a incorporar a un fichero con la finalidad de que pudieran utilizarse para que "ENTIDAD B" controlara el absentismo de esos trabajadores, tal como consta en la estipulación sexta del contrato que ambas empresas suscribieron (folios 24-25 expediente) y se hace constar textualmente en los hechos declarados probados de la resolución recurrida y que arriba se han transcrito(hecho tercero).

Igualmente, en el documento denominado "justificante de visita médica"(folios 179-180), que se describe con gran exactitud en los mencionados hechos probados (hecho quinto), sólo se ofrece al trabajador en cuestión que dé su consentimiento de que la actora pueda registrar sus datos de salud en un fichero automatizado, pero no se indica que una de las finalidades de ese fichero es la que se indica en la cláusula del contrato que ambas empresas firman: posibilitar el ejercicio por "ENTIDAD B" de la facultad de control del absentismo laboral, que asiste a esta empresa al amparo del artículo 20.4 de los Trabajadores.

Esa falta de acreditación de dicho consentimiento en los términos expuestos (inequívoco y expreso) no puede ser suplida por meras conjeturas o informaciones genéricas a los trabajadores, que además no concretaban que sus datos se iban a incluir en un fichero de esas específicas características.

En consecuencia, la responsabilidad en la comisión de los mencionados hechos de la entidad recurrente es palpable, al menos en la modalidad de negligencia o simple inobservancia (art.130.1 de la Ley 30/1991, de 26 de noviembre), pues, probado el tratamiento de datos de carácter personal, no ha acreditado la misma que recibiera para ello el consentimiento del afectado en los términos claros y contundentes exigidos por la LOPD.

La tipicidad de la infracción también es patente, pues nos encontramos claramente con ese tratamiento de datos de salud, especialmente protegidos por la LOPD, que en su artículo 43.4,C) califica como infracción muy grave cuando se lleva a cabo sin cumplir los requisitos del artículo 7.3 de esa misma Ley.

La proporcionalidad de la sanción se ajusta a la exacta gravedad de los hechos acreditados y cumple los requisitos previstos en el artículo de 45.5 de la LOPD a la vista de lo razonado en el acto recurrido, y que ha supuesto la reducción de la sanción prevista para una infracción muy grave.

OCT A VO.- Por todas las razones expuestas, debemos considerar ajustada a derecho la resolución sancionadora impugnada, debiendo desestimarse el presente recurso, sin que se aprecie temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos previstos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción en materia de costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don, en nombre y representación de la entidad "ENTIDAD A", contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos, de 17 de mayo de 2004, por la que se le impone a dicha entidad una sanción de 60.101,21 euros, por una infracción del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), tipificada como infracción muy grave en el artículo 44.4.c) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el 45.5 de la citada Ley, y **DECLARAR** ajustada a derecho dicha resolución; sin expresa imposición de las costas de este proceso.

Así por ésta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.