

Sentencia de la Audiencia Nacional de 10-05-2002. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección Primera. Tratamiento de datos médicos para el control del absentismo.

Madrid, a diez de mayo de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 345/2001 se tramitan a instancia de LA EMPRESA "A" representado por el Procurador Dcontra la Resolución de 7 de noviembre de 2000 confirmada en reposición por la Resolución de 22 de diciembre de 2000, por el concepto de sanción, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Señor Abogado del Estado, siendo la cuantía de 10.000.000 de pts.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por los mencionados anteriormente frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Señor Abogado del Estado.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formuló escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda, consta literalmente. Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el juicio a prueba.

CUARTO.- Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo para lo que se acordó señalar el día

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La solución del litigio exige partir de los siguientes hechos:

1.- El 17 de mayo de 1999 se presentó denuncia ante la Agencia de Protección de Datos (APD) por representantes sindicales de los trabajadores de La Entidad Pública "B". En dicha denuncia se indicaba, entre otras cosas, que varios trabajadores en situación de baja habían recibido visitas de médicos

que decían actuar en nombre de la empresa, personándose en su domicilio, y con datos relativos a los mismos facilitados por la citada entidad. Con el fin de explorar al trabajador en situación de baja. Posteriormente se adjunto documentación referida a la celebración de un convenio suscrito entre la entidad citada y otras sociedades con el fin, entre otros, de realizar visitas médicas domiciliarias al personal que se encuentra en situación de baja por enfermedad.

2.- Solicitada información por la APD a La Entidad Pública "B", la entidad remitió copia del contrato suscrito con LA EMPRESA "A". De dicho contrato obrante en el expediente nos interesa destacar lo siguiente:

a).- Que el objeto del contrato es la "prestación de un Servicio Médico de apoyo para la mejora de la atención asistencial al personal de La Entidad Pública "B", así como la gestión de las ausencias laborales por motivos de salud".

b).- Que: "La prestación de servicios que lleve a cabo el contratista, estará dirigida a la mejora de la atención asistencial al personal de La Entidad Pública "B" en situación de baja laboral, ya sean funcionarios o laborales, a su asesoramiento técnico y al correcto tratamiento de los procesos patológicos, con la colaboración humana y profesional que requieran los diversos casos. . . Cuando fuera necesario, se deberá procurar la reconducción individual de aquellas irregularidades que pudieran producirse en relación a la situación de baja laboral, cuando éstas hubieran sido evidenciadas, a través de la gestión de apoyo al trabajador. La contratista se compromete a efectuar las visitas médicas domiciliarias a todo el personal en situación de baja laboral por motivos de enfermedad".

Añadiéndose que: "La comunicación que La Entidad Pública "B" debe facilitar a la empresa adjudicataria en relación con las ausencias laborales por enfermedad, podrá realizarse mediante fax, telegrama, o cualquier otro medio informático o electrónico que permita la constancia de la comunicación". En los procesos crónicos o de larga duración, la contratista deberá realizar un seguimiento de la Incapacidad Temporal y emitir los informes médicos para la valoración de la concesión de licencia por enfermedad, readaptaciones laborales o propuesta de jubilación.

c).- Se establece que la empresa elaborará informes dirigidos a los responsables de correos que contendrán: nivel propuesto para el seguimiento del caso; justificación o no, de la ausencia por enfermedad; causa que provoca la ausencia; relación o no con la actividad laboral que desempeña el trabajador; fecha prevista de alta o reincorporación al trabajo; resultado de las gestiones

realizadas; gestiones futuras a realizar encaminadas a agilizar el proceso de recuperación u otras; observaciones especiales y recomendaciones. Añadiendo que: "La contratista deberá suministrar los datos e informes informáticamente, adoptando las cautelas necesarias para que la transmisión de los datos médicos y confidenciales se ajusten a la Ley Orgánica 5/1992".

d).- Por último se establece que: "Se considerará confidencial frente a terceros cualquier información recibida por ambas partes al amparo de este contrato, debiendo respetar el contratista lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. El alcance de la confidencialidad del objeto del presente contrato tendrá carácter indefinido, no perdiendo su vigencia después de haberse extinguido el mismo".

3.- Realizada Inspección el 21 de julio de 1999 resultó que:

a).- El objeto social de LA EMPRESA "A" -la contratista- es la prestación de servicio médico de apoyo a empresas.

b).- Desde mayo de 1999 La Entidad Pública "B" comunica a LA EMPRESA "A", por fax, una relación de las bajas laborales y otra relación de las altas producidas. Los datos recibidos son automatizados por el personal de LA EMPRESA "A", estableciendo el Director de la entidad un plan de visitas. Si el trabajador se niega a ser reconocido se hace constar en el parte de visita. Los informes médicos son redactados manualmente por los facultativos e introducidos en los ordenadores de LA EMPRESA "A" por personal administrativo. Los médicos que realizan las visitas no conservan copias de los informes redactados. LA EMPRESA "A" elabora un resumen de actuaciones que remite a los Servicios Médicos.

c).-LA EMPRESA "A" mantiene una copia de todos los datos enviados a La Entidad Pública "B" a modo de archivo de consulta, sin que hasta el momento se haya procedido a la cancelación de ningún dato.

4.- El 9 de mayo de 2000 se procedió a la apertura de expediente sancionador. Que concluyó en la Resolución que ahora se recurre.

En dicha Resolución la APD razona que existe vulneración del art 7.3 de la Ley Orgánica 5/1992, pues los datos de carácter personal referentes a la salud solo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por

razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente. Siendo lo cierto que LA EMPRESA "A" en cumplimiento del contrato suscrito, recababa y trataba datos referentes a la salud de los trabajadores de La Entidad Pública "B" sin su consentimiento. Y sin que sea aplicable lo establecido en el art 7.6 de la Ley Orgánica, pues el tratamiento no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, ni resulta necesario para la prevención o diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, sino al control del absentismo laboral. Lo que constituye una falta tipificada en el art 43.4.c) de la LO 5/1992, de 29 de octubre, si bien en aplicación del art 45.5 de la LO 5/1999, la APD, en atención al principio de confianza legítima que rige la actuación de las Administraciones Públicas, rebajó en un grado la sanción e impuso multa mínima correspondiente al grado inferior de 10.000.000 pts. La resolución fue recurrida en reposición, siendo el recurso desestimado.

SEGUNDO - Antes de analizar las distintas cuestiones planteadas conviene precisar que la Sala, en SAN (1ª) de 12 de abril de 2002 (Rec 1271/2000) ha procedido al análisis de un supuesto similar al ahora enjuiciado, debiéndose aplicar a este caso la doctrina establecida en dicha resolución. En efecto en dicha sentencia analizamos un supuesto en el que, en esencia, una entidad pública remitía datos a una empresa, cuyo personal médico visitaba a las personas que se encontraban en situación de baja, elaborando un informe en el que se recogía un diagnóstico sobre la enfermedad padecida. Informes que se almacenaba en un fichero, para el que la empresa no contaba con el consentimiento del afectado. Al igual que en aquel caso, la empresa sostenía que era de aplicación lo establecido en el art 7.6 de la Ley Orgánica 15/1999, al tratarse de una empresa de exploración y diagnóstico médico, resultando necesaria la realización de un fichero para el mismo, elaborado por profesionales sanitarios sujetos al secreto profesional. Alegando asimismo, al igual que en el caso de autos, la presunción de inocencia y la falta de culpa. Si bien los hechos objeto de autos son anteriores a la entrada en vigor de la LO 15/1999, la Administración aplica dicha norma, extremo en el que coinciden todas las partes, al resultar más favorable.

TERCERO.- Conforme al art 7.3 de la LO 5/1992 "los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente". El art 7 que se refiere a los llamados "datos especialmente protegidos", ha sido modificado por la LO 15/1999 manteniendo la prohibición contenida en el art 7.3 antes referido, pero añadiendo en el art 7.6 que: "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 diagnóstico médico, 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 al secreto".

Como la norma analizada se refiere a los "datos protegidos de carácter sensible" conviene realizar una sucinta exposición de la regulación referente a este tipo de datos para luego examinar el supuesto concreto.

En concreto del examen comparado de las legislaciones europeas en materia de protección de datos se infiere que para algunas legislaciones, entre ellas la española, existen determinados datos sensibles "*per se*", y que por lo tanto, deben ser objeto de una especial protección. En esta línea el art 6 del Convenio 108 del Consejo de Europa bajo el epígrafe "categorías particulares de datos" establece que "...los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea las garantías apropiadas". Norma que resulta aclarada por el párrafo 43 de la Introducción donde se justifica la opción por un sistema de protección de datos sensibles "*per se*" al razonar que: "Si bien el riesgo que para las personas representa el tratamiento de datos, depende, en principio, no tanto del contenido de los datos en sí mismo, como del contexto en el que se utilizan, existen casos excepcionales en los que el tratamiento de determinados datos puede, como tal, causar perjuicio a los derechos e intereses de los individuos".

Por su parte el art 8 de la Directiva 95/46/CEE bajo el epígrafe "tratamiento de categorías especiales de datos" establece como regla general que los "Estados miembros prohibirán . . .el tratamiento de datos personales relativos a la salud o sexualidad". Añadiendo el art 8.3 que: "El apartado 1 no se aplicará cuando el tratamiento de datos resulte necesario para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de atención sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional sea en virtud de la legislación nacional, o de las normas establecidas por las autoridades nacionales competentes, o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto".

La legislación española, como anticipamos, se encuadra dentro de las que consideran que determinados datos son especialmente sensibles "*per se*" y como se dice en la Exposición de Motivos en este tipo de datos "los contornos del principio del consentimiento se refuerzan singularmente". Principio regulador que permanece estable tanto en la LO 5/1992, como en la 15/1999, si bien esta última ha introducido las precisiones contenidas en la Directiva 95/46/CEE.

No obstante, la anterior exposición nos permite extraer un principio interpretativo y de aplicación de la norma que nos parece esencial: estamos

ante datos que el legislador considera especialmente sensibles y los somete a una especial protección, lo que implica que debemos ser especialmente rigurosos a la hora de interpretar las excepciones a la regla general de prohibición.

CUARTO.- Conforme a los referidos preceptos y vista la inexistencia de habilitación legal, se trata de determinar si, vista la ausencia de consentimiento, nos encontramos ante un supuesto de prevención o diagnóstico médico, prestación de asistencia sanitaria, tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios, realizado por un profesional sanitario sometido a secreto profesional. O si por el contrario, como dijimos en la SAN (1ª) de 12 de abril de 2002 (Rec 1271/2000) estamos ante un supuesto en el que únicamente se pretende controlar el absentismo laboral de los trabajadores que prestan sus servicios en el arrendador del servicio y, por lo tanto, con fines ajenos a los establecidos en el art 7.6 de la LO 15/1999.

Entendiendo la Sala, como ya indicó en la referida sentencia, que estamos ante un supuesto en el que el objeto no es la atención del paciente - finalidad que justifica la excepción a la prohibición establecida en la ley ya que el mantenimiento del historial médico redundaría en beneficio de su salud-, sino ante una técnica de control del absentismo laboral que en lugar de ser realizada por el titular del servicio en el que prestan sus servicios los empleados es contratada con un tercero. Que tal es el fin del contrato, por más que se quiera indicar otra cosa, se infiere no solo de la lectura de las cláusulas del contrato -art 1281 CC-, sino también del hecho de que cuando, durante la tramitación se pidió informe a La Entidad Pública "B" sobre los hechos, se indicó con claridad por sus servicios jurídicos que el objeto del contrato era el estudio, seguimiento y control del absentismo laboral con causa médica, citando expresamente el art 20.4 del ET, a cuyo tenor: "El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante el reconocimiento a cargo del personal médico". Lo cual es un claro indicador, conforme al art 1282 del CC, de que ésta y no otra era la finalidad de las partes. En este sentido, y en contra de lo que se razona, si resulta de aplicación lo razonado en la STC 202/1999, de 8 de noviembre, cuando razona que el fichero está fuera de las excepciones del art 7 de la LO pues "no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral"; por lo que la existencia del mismo sin el consentimiento expreso del afectado es una medida inadecuada y lesiona el derecho de libertad informática. Por lo demás no es de aplicación el art 8 de la LO 15/1999, pues dicha norma que regula la cesión de datos relativos a la salud de las personas, parte de la previa existencia de un fichero legal de datos, y ya hemos visto que este no es el caso. En suma, debemos mantener el criterio sentado en nuestra SAN (1ª) de 12 de abril de 2002 (Rec 1271/2000).

QUINTO.- Se alega que existe violación del principio de presunción de inocencia, al desplazar la Resolución al recurrente la carga de la prueba. En concreto, como la resolución dice que la entidad sancionada no ha probado que nos encontrásemos ante un supuesto del art 7.6 de la LO 15/1999, en opinión del recurrente, se ha producido un desplazamiento de la carga de la prueba.

Tal forma de razonar no puede ser compartida. En efecto conforme a la STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001/60) "sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, . . .o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". En el mismo sentido la STS de 28 de noviembre de 2000 (RJ 2001/92). Añadiendo la STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001/2386) que "la presunción de inocencia, derivada del art 24 de la Constitución. . .no puede ser ni es *iuris et de iure*, sino meramente *iuris tantum*, por lo que de antiguo proclamaba el Tribunal Constitucional que esa presunción queda salvaguardada cuando por parte de la Administración se ha efectuado una mínima actividad probatoria que pueda calificarse de cargo". En el caso de autos, existe una prueba de cargo suficiente de la que se infiere con lógica los hechos que constituyen las bases típicas de la sanción. De forma tal que cuando existe una prueba de cargo suficiente, lícitamente obtenida, la alegación de causas que exoneran o impiden la responsabilidad deben ser acreditadas por quien sostiene la existencia o concurrencia de dichas causas. En este sentido dijimos en la SAN (1ª) de 12 de abril de 2002 (Rec 1271/2000) que lo razonado por la Resolución "no supone inversión de la carga de la prueba, porque corresponde probar al que pretende acogerse a la excepción de la norma".

SEXTO.-Por último se sostiene que existe una interpretación razonable del Ordenamiento jurídico lo que excluye la culpabilidad. Se cita la existencia de Resoluciones de la Agencia que dan lugar a la duda y eximen de responsabilidad.

Conviene precisar que en el caso de autos la Agencia de Protección de Datos ha entendido que existe una disminución cualificada de la culpabilidad al formalizarse el contrato con una Administración y operar el principio de confianza legítima. Por ello se ha aplicado la sanción inferior en grado mínimo - art 45.5 de la LO 15/1999-. También este argumento ha sido analizado por la SAN (1ª) de 12 de abril de 2002 (Rec 1271/2000), razonando que la concreción de la sanción efectuada por la Administración fue la adecuada. Pues repárese que en el campo del tratamiento de datos, vista la importancia de los derechos individuales protegidos, debe exigirse una especial diligencia. Por ello cuando

se invoca la buena fe en el actuar, para justificar la ausencia de culpa -como se hace en el presenta caso-, basta con decir que esa alegación queda enervada cuando existe un deber específico de vigilancia derivado de la profesionalidad del infractor. En esta línea de tradicional reflexión, la STS de 12 de marzo de 1975 y 10 de marzo de 1978, rechazan la alegación de buena fe, cuando sobre el infractor pesan deberes de vigilancia y diligencia derivados de su condición de profesional. Por ello entendemos que existe culpabilidad por parte de la entidad sancionada que debió operar con una diligencia mayor, si bien el hecho de que fuese la otra parte contratante una Administración genera confianza que como bien entiende la Administración se traduce en una disminución de la culpabilidad -SAN (6ª) de 6 de mayo de 1999 (RJCA 1999/3603)-. Por lo demás la resolución de la Agencia de 27 de marzo de 2001 se refiere a un supuesto distinto pues en dicho caso no existía, como dice la Resolución, un tratamiento de datos, analizándose un supuesto de comunicación de datos del art 11 y 12 de la LO 15/1999.

Procede, por lo tanto, la desestimación del recurso.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art 131.1 de la LRJCA.

FALLO:

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de LA EMPRESA "A" contra la Resolución de 7 de noviembre de 2000 confirmada en reposición por la Resolución de 22 de diciembre de 2000, por el concepto de sanción, a que las presentes actuaciones se contraen, que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma NO cabe recurso de casación, conforme previene el art 284.4 de la LOPJ.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
Doy fé.