

Procedimiento N°: A/00024/2016

RESOLUCIÓN: R/00928/2016

En el procedimiento A/00024/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por D^a. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 12 de junio de 2015, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **A.A.A.**, en el que denuncia que su hija Elena (menor de edad), ha recibido en fechas 4 de diciembre de 2014 y 22 de enero de 2015, dos cartas del Dr. Don **B.B.B.**, especialista en pediatría y asma infantil, con el fin de dar a conocer su consulta particular. Señala que el mencionado doctor atendió a su hija en la sanidad pública, en un Hospital de Cáceres, pero no han facilitado sus datos para que les informe de su consulta privada.

Posteriormente, acompañó las cartas recibidas, en las que se indica la dirección de su consulta privada y se informa de su jubilación anticipada desde el día 10 de octubre de 2014, en el Hospital San Pedro de Alcántara del Servicio Extremeño de Salud.

SEGUNDO: Con fecha 23 de febrero de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00024/2016. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante y al denunciado.

TERCERO: Notificado el trámite de audiencia previa, se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

*“... al haber atendido como paciente a **C.C.C.** (hija de la denunciante) debido a mi desempeño en la Unidad, considere conveniente en cumplimiento de mis obligaciones deontológicas como médico (en particular la correcta atención de los pacientes y la obligación de denuncia de las deficiencias — art 7.5 del Código de Deontología Médica-) informar mediante carta a la citada paciente de dicha circunstancia, poniendo a su disposición mi Consulta de Pediatría, Neumología Pediátrica y Asma Infantil. (...)*

...si en este caso estamos ante supuesto que eximiría la obligación de consentimiento expreso para el tratamiento de datos de salud, con más motivo se deduce la existencia de un tratamiento legítimo y no susceptible de consentimiento previo, al haberse producido únicamente un tratamiento de datos de nivel básico: nombre y dirección postal.

En la misma línea de lo apuntado anteriormente, entiendo que tampoco sería necesario el consentimiento y por tanto no se habría producido un tratamiento de datos ilegítimo,

al haber obtenido los mismos de los repertorios telefónicos, los cuales, como señala el artículo 3 de la LOPD, constituyen una de las fuentes accesibles al público, estipulando a este respecto el artículo 6.2 de la LOPO, que no será preciso el consentimiento del afectado 'cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero.'

Concluye su escrito de alegaciones solicitando el archivo de las actuaciones correspondientes al presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En el domicilio de la denunciante y a nombre de su hija, se han recibido, en fechas 4 de diciembre de 2014 y 22 de enero de 2015, dos cartas del Doctor Don **B.B.B.**, especialista en pediatría y asma infantil, con el fin de dar a conocer su consulta particular. Señala que el mencionado doctor atendió a su hija en la sanidad pública, en un Hospital de Cáceres, y manifiesta que no han facilitado sus datos para que les informe de su consulta privada.

En las cartas recibidas por la denunciante, se indica la dirección de la consulta privada y se informa de su jubilación anticipada desde el día 10 de octubre de 2014, en el Hospital San Pedro de Alcántara del Servicio Extremeño de Salud.

SEGUNDO: No consta acreditado en el expediente que el denunciado en este procedimiento contara con el consentimiento para el tratamiento de los datos personales de D^a. **C.C.C.**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

Se imputa al Doctor Don **B.B.B.** el tratamiento de los datos de la hija de la denunciante sin su consentimiento. En este sentido, el artículo 6.1 y .2 dispone:

"1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se

recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

Para que el tratamiento de los datos de la hija de la denunciante realizado por el Doctor Don **B.B.B.** resultara conforme con los preceptos de la LOPD, hubiera debido concurrir alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la LOPD. Sin embargo, no se ha acreditado que la denunciante hubiera prestado el consentimiento para el tratamiento de los datos de su hija para dar a conocer la consulta privada del doctor, y tampoco se ajusta el presente caso a ninguno de los supuestos exentos de tal consentimiento que recoge el apartado 2 del artículo 6 citado.

El artículo 3 de la LOPD define en su apartado h) como “*Consentimiento del interesado*” a “*Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.*”

La LOPD no requiere que el consentimiento se preste por escrito o con formalidades determinadas, pero sí exige que el consentimiento de los afectados sea “*inequívoco*”.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 7 primer párrafo, “*(...) consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)*”.

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

III

El artículo 2.1 de la LOPD define su ámbito de aplicación:

“1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado...”

El artículo 3 de la LOPD define en su apartado c) como *“Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*

Asimismo, dicho artículo 3 define en su apartado b) como *“Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.”*

En el presente caso, ha quedado acreditado que la denunciante recibió dos cartas en su domicilio en las que se indica la dirección de la consulta privada y se informa de su jubilación anticipada en un Hospital del Servicio Extremeño de Salud.

El doctor Don **B.B.B.** ha manifestado que el presente caso se encuentra entre los exceptuados del consentimiento para el tratamiento de los datos de salud del artículo 7.6 de la LOPD y que los datos personales de la hija de la denunciante los ha obtenido de los repertorios telefónicos.

A este respecto cabe contestar que no puede estimarse la manifestación realizada de que los datos de la menor se encontraran en repertorios telefónicos y por ello constaran sus datos en fuentes de acceso público.

Por otra parte respecto del consentimiento para el tratamiento de sus datos personales cabe contestar que el denunciado, como facultativo de un hospital del Servicio Extremeño de Salud, no necesita consentimiento para el tratamiento de los datos relativos a la salud de sus pacientes en ese centro, y para las finalidades previstas en el citado artículo 7.6 de la LOPD: *“la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o para la gestión de servicios sanitarios”*. El tratamiento de datos personales realizado con el envío de dos cartas a nombre de la hija de la denunciante con la finalidad de dar a conocer su consulta privada, no se encuentra entre uno de estos supuestos que excepcionan el consentimiento para el tratamiento de los datos relativos a la salud de la menor, por lo que no es posible estimar lo alegado.

Por tanto, en este caso, se realizó un tratamiento con los datos personales de la hija de la denunciante a quien envió dos cartas a su domicilio indicando la dirección de su consulta privada tras su jubilación en un hospital del Servicio Extremeño de Salud, sin que se haya acreditado por el denunciado, que contaba con su consentimiento para dicho tratamiento, infringiendo así el artículo 6.1 de la LOPD.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD, dispone que es infracción grave:

“b) Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.”

En el presente caso, la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.b) de la LOPD cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. El tipo aplicable considera infracción grave *“b) Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”*, por tanto, se está describiendo una conducta -el tratamiento de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la LOPD.

El principio del consentimiento se configura como principio básico en materia de protección de datos y así se recoge en la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios como del Tribunal Constitucional (STC 292/2002).

Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio que exige la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal.

Por tanto, la conducta ilícita vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de los datos personales de la hija de la denunciante sin su consentimiento, al enviar dos cartas en las que comunica su consulta privada tras su jubilación en el Servicio Extremeño de salud donde atendió a la niña.

V

La disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación del siguiente tenor:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

- a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera

determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) recoge “*los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia*”- consagra el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que “*las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00024/2016) a D. **B.B.B.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con relación a la denuncia por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

2.- REQUERIR a D. **B.B.B.** de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999 para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 6.1 de la LOPD.

En concreto se insta al denunciado a que se asegure de contar con el consentimiento de las personas a quienes se tenga la intención de comunicar los datos de su consulta privada para la continuación de su tratamiento médico, a pacientes que trató en el Hospital público, que era el responsable del fichero utilizado.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, comprometiéndose a la utilización o tratamiento de los datos personales solo en caso de contar con el consentimiento del afectado para ello, así como aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto el cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya

comprobación se abre el expediente de investigación **E/02576/2016**, podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que *“son funciones de la Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.”*, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, que considera como tal, *“No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”*, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **B.B.B.**.

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D^a. **A.A.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos