

Procedimiento N° PS/00074/2018

RESOLUCIÓN: R/01391/2018

En el procedimiento sancionador PS/00074/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **TESTIGOS CRISTIANOS DE JEHOVÁ**, vista la denuncia presentada por **D.D.D.**, y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 26/09/2017 tuvo entrada un escrito del SERVICIO CÁNTABRO DE SALUD, Hospital Universitario Marqués de Valdecilla que traslada una denuncia de **D.D.D.** contra **TESTIGOS CRISTIANOS DE JEHOVÁ**. El denunciante indica que el Comité de Enlace con los Hospitales (CEH), lleva a cabo en Cantabria visitas rutinarias a los facultativos del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla por motivo de la “*medicina sin sangre*”, elaborando una base de datos con información personal y clínica de médicos y pacientes que es enviada periódicamente a la sede nacional en Madrid. Identifica tres personas como responsables del CEH en 2014 y añade que él mismo participó en la actualización de dicha base de datos hasta abril de 2014.

Aporta copia de un CD que contiene diferente información entre la que se encuentra una serie de listados de médicos y pacientes, con datos personales e información clínica. Destaca:

En carpeta “CORREOS ELECTRONICOS”

- 1) 9 archivos pdf que contienen correos electrónicos, el último de 8/07/2014 intercambiados entre el denunciante y uno de los miembros que identifica como responsable del CEH. El responsable informa al denunciante que va a poner al día el archivo del Comité de Enlace con los Hospitales y si le puede acompañar para conocer el trabajo, o hablan de bases de datos acces, listados con 116 médicos etc.

En carpeta “BASE DE DATOS/DOCUMENTOS/VARIOS /BASES DE DATOS”:

- 1) Hoja Excel titulada CEH 2012 que contiene distintas pestañas como:
 - a. “*histB.B.B.I visitas*” (18 columnas) con datos de nombre y apellidos de médicos, especialidad y observaciones como “*Ellos no operan. Hacen pre y post. Caso de un expulsado. Operan los urólogos. Dejamos información*” “*Da su aprobado. Ahora está en admisión. Posible consultor*”. En fechas, la más reciente: 18/11/2012
 - b. “*médicos*” 108 columnas en vertical y en horizontal alguna como la titulada “*Administrar tratamientos sin sangre Programados ADULTOS*” otro de *bebé* y de *niños*, figurando verdadero, o falso. Constan nombre y



apellidos de médicos especialidad, cargo, del Hospital Valdecilla. En comentarios figuran opiniones como: "60 años, afable, colabora, razonable, sensible, respetuoso. En su servicio NO TRANSFUNDIR es la norma. Habló con todo su equipo para respetar nuestra postura. No entiende por qué otros servicios no nos atienden. Dispuesto a compartir su experiencia con otros" "Total colaborador. Joven y con potencial. Ha participado en varias intervenciones a hermanos." "Es un hombre de experiencia, totalmente dispuesto con nuestra postura. Comenta que sería inconcebible no tratarnos o no respetarnos." 12/03/09) Del OPUS. Serio, algo cortante, intervino a **M.M.M. la enfermera** recientemente. Dispuesto CD." En el apartado de comentarios figuran fechas en algunos, la más reciente: 15/03/2011.

- c. "pacientes" con 12 columnas, figura nombre de personas en algunos casos con primer apellido en otros con los dos, fecha de ingreso, la más reciente 14/01/2012, patología, médico, especialidad, observaciones sobre la operación como "Metástasis e ingresos repetidos. Falleció", en otro "todo bien", o "Varias operaciones de alto riesgo. Provocaron posicionamiento definitivo del equipo de **L.L.L.** a nuestro favor."

En la carpeta "BASES DE DATOS/EVIADOS A SEDE NACIONAL":

- 1) Figuran dos carpetas: COLABORADORES y CONSULTORES. En COLABORADORES con carpetas ordenadas por especialidades médicas se contienen nombres de médicos del Hospital Valdecilla, con una ficha cumplimentada (las fechas remiten a distintos meses de 2014). Las fichas contienen el "INFORME SOBRE EL MEDICO COLABORADOR cumplimentadas (Para uso exclusivo del CEH no mostrar al facultativo)", datos del médico, especialidad, número de teléfono de consulta (distintos para distintos médicos), dirección de correo electrónico, figurando en los que consta algunas como: N.N.N.@humv.es, **anrrca@humv.es**, **O.O.O.@humv.es**, y si desea o no recibir información sobre medicina sin sangre y alternativas a la transfusión y si está o no dispuesto a hacer tratamientos sin transfusiones de sangre con comentarios subjetivos sobre cada médico como del tipo "hombre de creencias católicas" "acepta casos y ha colaborado con el equipo" etc. Figura a título de ejemplo en COLABORADOR, Anestesiología: Dr. **I.I.I.** con anotaciones y comentarios. En el pie de las fichas figura HIA 1/03/2008

En la "CARPETA CONSULTORES" figuran directamente archivos con nombres de 13 doctores con el mismo tipo de ficha que la de COLABORADORES donde figuran también anotaciones "Gran colaborador de la medicina sin sangre".

En carpeta "PLANTILLAS":

- 1) Plantillas "informe médico colaborador", "no mostrar al médico, para uso exclusivo del CEH" o, "informe médico consultor", ambas en formato Word Fecha del archivo 8/05/2014.



En carpeta BASE DE DATOS/DOCUMENTOS

- 1) Archivo de “*Listado general de médicos*”, 116 columnas con nombre y apellidos, especialidad con anotaciones de *falso* o *verdadero* en distintos apartados de “*Recibir información*”, “*Administración de tratamientos adultos*”, “*niños*” o “*bebés*” con los comentarios mencionados y observaciones. En alguno figura la fecha 16/03/2012.
- 2) Archivo “*Listado general de pacientes*”, de 12 personas, patología médica y observaciones.
- 3) Listado “*PENDIENTES DE ENVIAR COMO COLABORADORES*”. Con nombres y apellidos de médicos y la especialidad.

SEGUNDO: Durante las presentes actuaciones, el 15/12/2017, se realiza visita de inspección a la sede nacional de los **TESTIGOS CRISTIANOS DE JEHOVÁ**, poniéndose de manifiesto:

1. En cada provincia se forman miembros de Comités de Enlace con Hospitales. (CEH), que realizan visitas a los hospitales para conocer el grado de colaboración del personal facultativo sanitario con arreglo a las creencias de los Testigos de Jehová, que es únicamente realización de cirugías sin transfusiones. “*Así mismo, estas personas realizan una función divulgativa, proporcionando a los facultativos todo tipo de información relacionada con estudios sobre medios de intervenciones sin transfusiones de sangre.*”

- 1.1. Los inspectores de la Agencia solicitan contactar con alguna de las personas que forman parte del CEH de Cantabria. El representante de los Testigos de Jehová hace una llamada telefónica a una persona que se identifica como **B.B.B.**, (que se corresponde con uno de los responsables identificados por el denunciante) con el que se mantiene una videoconferencia, con relación a los hechos denunciados, manifestando:

El CEH de Cantabria, hace más de 20 años que recoge datos de facultativos dispuestos a colaborar con las creencias de los Testigos de Jehová, así como de pacientes que habían sido atendidos por ellos, el tipo de intervención que se había realizado y el resultado de la misma. En un principio, esta información se recogía de forma personal anotada a mano, con el fin de poder ayudar a hermanos que necesitasen algún tipo de intervención y que ayudaban para que fueran operados en el Hospital.

*Con posterioridad solicitaron a D. **D.D.D.**, que manejaba temas de informática, la posibilidad de crear una base de datos, la cual contenía la información que aparece en la documentación mostrada, pero únicamente se trasladaban a la Sede Nacional, datos de facultativos dispuestos a colaborar.*

La citada Base de Datos se creó en el año 2014 y se mantuvo durante 6 meses aproximadamente, no obstante dado que las personas que formaban el CEH de Cantabria no sabían manejarla, procedieron a su destrucción, indicando a la persona que la había creado que la destruyera también de su ordenador.

La información relativa a la inclusión de los datos en un fichero, realizada a las personas cuyos datos se incluían en la Base de datos creada, era realizada de forma verbal.



En la actualidad solo se guarda una **base datos en el ordenador del Sr. B.B.B.** con datos de los facultativos. Se accede a dicha información comprobando la existencia de dos carpetas que salen de la denominada CEH:

“COLABORADORES”, que contiene los datos de los médicos dispuestos a colaborar con las creencias de los Testigos de Jehová, encontrándose dentro de ella varias subcarpetas clasificadas por especialidades médicas. Si se selecciona una de ellos en este caso ANESTESIOLOGIA, figuran nueve archivos cada uno denominado con el nombre y apellido de un facultativo distinto, (en todos figura en fecha modificación 14/12/2017), se selecciona a Dr. **I.I.I.**, se verifica que existe una ficha denominada “**INFORME SOBRE EL MÉDICO COLABORADOR (para uso exclusivo del CEH. No mostrar facultativo)**”, con Nombre del CEH: Santander, fecha 10/10/2008, constando cumplimentados: nombre y apellidos del médico, Especialidad, Cargo, Teléfono de la consulta y dirección de correo electrónico corporativo **N.N.N.**. No figuran como en las fichas del CD aportado por el denunciante, comentario ni anotación alguna pese a que el modelo de fichas es el mismo (documento 1).

“CONSULTORES”, son facultativos, que además de estar dispuestos a colaborar, prestan servicio de consultoría sobre los tipos de operaciones sin realización de transfusiones de sangre, a médico de otros Centros Hospitalarios de toda España. Se accede a dicha carpeta, comprobando la existencia de nombres de cinco facultativos, en cinco carpetas distintas con sus nombres y apellidos ordenadas por sus apellidos y nombre, en todos los archivos se puede leer “*fecha modificación 14/12/2017*”, y seleccionando uno de ellos consta la misma información que en “COLABORADORES”. Tampoco figura anotación o comentario alguno (documento 2)

- 1.2. Los Inspectores solicitan al representante de los Testigos de Jehová el **acceso a su sistema informático**, verificando la existencia de un fichero con distinto formato al del Sr. **B.B.B.**, pues no son carpetas, sino una aplicación donde figuran cumplimentados los campos de: nombre y apellidos. Fecha “*last survey*”, 1/06/2012 especialidad: “*cirugía ortopédica y Traumatología*”, teléfono trabajo cumplimentado, la dirección electrónica **N.N.N.@humv.es** (documento 3, folios 39 a 41). También consta cirugía adultos y de niños con la marca en programada y en urgencia.
- 1.3. El representante de la sede nacional de Testigos de Jehová manifiesta “*que dichos ficheros no han sido dados de alta ni tampoco se informa a los facultativos con relación al artículo 5 de la LOPD, por considerar que se trata de una agenda confeccionada con datos que figuran en la página web de los Centros Hospitalarios*”, y en base a los informes jurídicos del Gabinete Jurídico de la AEPD 0164/2008 y el 0020/2009.

TERCERO: Con fecha 2/03/2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **TESTIGOS CRISTIANOS DE JEHOVÁ**, por una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13/12, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma.

A los efectos de los artículos 64.2.b) de la Ley 39/2015 de 1/10, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPCAP) y 127 b) del reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21/12 (en adelante



RLOPD); la sanción se estimó en 10.000 euros sin perjuicio de lo que resultase de la instrucción.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, mediante escrito de fecha 4/04/2018, la denunciada alega:

- 1) El acuerdo de inicio adolece de motivación creando una situación de indefensión que da lugar a la nulidad.
- 2) La sanción hace referencia a dos bases de datos, la primera creada, gestionada y controlada por miembros del COMITÉ DE ENLACE con los Hospitales, que son voluntarios, no integrados en la Orden religiosa, cuya actuación se enmarca en el plano personal. La segunda creada por la entidad jurídica "Testigos Cristianos de Jehová-Confesión." que fue objeto de inspección.
- 3) No es preciso obtener el consentimiento ni registrar las bases de datos, según la redacción del artículo 2.2 del RLOPD y la interpretación que del mismo se hace en los informes del Gabinete Jurídico de la AEPD números 164/2008 y 20/2009. El acuerdo de inicio no realiza ninguna valoración de los datos contenidos en las bases examinadas, no se determina si los datos se corresponden con los contemplados en el artículo 2.2 del RLOPD ni la finalidad.

La Confesión consideraba que no se precisaba el consentimiento tras examinar el sentido y alcance del artículo 2.2 y 2.3 del RLOPD y que la base de datos de Hospitales colaboradores que incluía también el nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados así como dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax de ciertos médicos es subsumible en el apartado segundo y tercero del artículo 2 del RLOPD. Esa forma de actuación que parte de una interpretación jurídica razonable supone que en su actuación falta el elemento de culpabilidad.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 16/12/2011, recurso 175/2010 interpreta el artículo 2.2 del RLOPD distinguiendo comunicaciones dirigidas a una persona física relacionadas con su actividad profesional o sus responsabilidades en la persona jurídica para la que trabaja con las comunicaciones dirigidas a él por cuestiones personales o que nada tienen que ver con su actividad profesional. Los datos personales en el primer caso no estarían amparados por la LOPD mientras que en el segundo sí. Una aplicación razonable de esta sentencia respaldaría la actuación de esta Confesión, que no utiliza los datos personales de los profesionales para asuntos personales ni comerciales, solo para cuestiones relacionadas con la actividad profesional del Hospital.

Los datos de los médicos fueron obtenidos y tratados de forma incidental respecto de la verdadera finalidad perseguida por el tratamiento. El interés real radica en el servicio médico del Hospital, pero dado que el personal administrativo no es quien se encarga de decidir sobre dichas consultas, sino que son los mismos médicos que organizan los diferentes servicios, así como aquellos médicos en los que el Jefe de Servicio delega parte de su trabajo, resulta necesario entrevistarse directamente con los médicos que han sido nombrados por el Hospital para tales propósitos. A fin de que los Comités de Enlace con los Hospitales puedan tener localizado que hospital y servicio hospitalario podría atender una **urgencia médica** que precisara cirugía sin sangre, no basta conocer el nombre del hospital, sino que es imprescindible saber a quién ha nombrado el Hospital para decidir sobre esta clase de situaciones, lo que incluiría **haber identificado previamente a su Jefe de Servicio y demás facultativos, especialmente** en situaciones de emergencia. Los únicos datos tratados son aquellos que sirven para contactar en caso de urgencia. Sí un médico es trasladado a otro servicio médico u hospital, y se nombra un médico nuevo en su lugar, el interés se traslada al nuevo médico.



Todos los datos contenidos en sus bases de datos se corresponden estrictamente con los enumerados de forma taxativa por el RLOPD, que son el nombre del CEH, fecha, nombre y apellidos del médico, especialidad, cargo, subespecialidad, hospital, dirección de la consulta teléfono de la consulta y dirección de correo electrónico corporativo.

4) El contenido entrecomillado del fundamento de derecho primero, párrafo 10 *“Así se desprende de la inspección, en que se hace referencia a la creación de una base de datos profesionales de la medicina, con formatos de fichas y fechas en que se mantuvieron o visitaron a los médicos”* no corresponde a una manifestación de la Confesión, y esta niega las calificaciones de las bases como *“de profesionales de la medicina”*, siendo un estilo de redacción, no una manifestación de la denunciada.

Al contrario, manifiestan que *“Las bases de datos son de Hospitales que están dispuestos a permitir que sus trabajadores lleven a cabo operaciones de cirugía sin sangre”, “de hecho, aunque el medico mostrara su voluntad de realizar cirugía sin sangre, no se le incluiría en la base de datos si el Hospital no dispusiera del equipo requerido para realizar dicha cirugía o si el hospital denegara la operación.”*. El Sr. **B.B.B.** es miembro del Comité de Enlace con los Hospitales, no con los Médicos, que son los que ponen a disposición del paciente instalaciones, tecnología y equipo de profesionales que se muestran favorables a realizar cirugía sin sangre.

5) Subsidiariamente, aceptando que las bases de datos referidas estuvieran sujetas a la normativa de protección de datos, sería de aplicación la exención del artículo 6.2 que señala que el consentimiento no será necesario en ciertas situaciones, por ejemplo cuando exista un **interés legítimo**. La **finalidad** de la base de datos es la **protección y salvaguarda de la vida y de la integridad física de las personas en situaciones de emergencia**. En estos casos, cuando un testigo de Jehová necesita **cirugía sin sangre**, el Comité de enlace ayuda de forma inmediata a la persona a encontrar un Hospital que ofrece los servicios y el personal necesario. De los derechos que pudieran entrar en conflicto, derecho a la vida e integridad física del enfermo y el de la protección de datos del médico, prevalece el primero, considerando además que los datos que se tienen de los médicos, están al alcance del público en general, son datos públicos disponibles en la página web del Hospital donde prestan servicios y además no han recibido reclamación o denuncia de ningún médico.

6) Desproporción en la cantidad propuesta como sanción, debiendo tener en cuenta la ausencia de culpabilidad, que el volumen de tratamientos es reducido, no se pretendía obtención de beneficio, no se causa ningún perjuicio a los facultativos y teniendo en cuenta además que los datos tratados se hallaban publicados en la página web del Hospital, accesibles a todo el público.

7) Solicita que se tendría que haber abierto o abrir ahora un procedimiento de apercibimiento con el fin de adoptar medidas adecuadas, pues considera que cumple los requisitos para ello

QUINTO: Con fecha 5/06/2018 se incorporan al procedimiento los documentos que refiere la denunciada en alegaciones:

-Informes del Gabinete Jurídico 164/2008 y 20/2009 de 30/06/2008 y 28/09/2009.

-Sentencia AN recurso 175/2010 de 16/12/2011 extraída de la página de CENDOJ.

SEXTO: Con fecha 7/06/2018 se emite propuesta de resolución con el literal:

“Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a TESTIGOS CRISTIANOS DE JEHOVÁ, con multa de 10.000 €, por la infracción del artículo



6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, de conformidad con el artículo 45.1, 2, 4 j), h) y 5 a).”

SÉPTIMO: Con fecha 4/07/2018 tiene lugar la presentación de unas primeras alegaciones, reiterando lo manifestado, y añadiendo:

1) No es asumible deducir en el fundamento de derecho segundo en que se censura el hecho de que solo se incluyan los datos de aquellos médicos que tienen interés para “*mi representada*” incidiendo en que la base se usa para asuntos personales, estando sometida a la normativa de protección de datos, no siendo este un criterio jurídico. El criterio debe ser si las comunicaciones que se dirigen a la persona física tienen que ver con cuestiones personales o por su actividad profesional.

2) Aportan impresión de la página web del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla con impresión de datos que figuran en la web humv.es clasificados por Servicios y Unidades Asistenciales y haciendo clic se accede a un listado de personal de esa Unidad, figurando nombre y apellidos, dirección de correo electrónico y puesto que ostenta (jefe Sección, Adjunto etc., sin que figure el número de teléfono. No se aprecia en la citada página, literal informativo alguno sobre los datos que se tratan, origen, uso y finalidad.

3) En cuanto al interés legítimo alegado, el Grupo de Trabajo del artículo 29 en su informe WP 217 de 9/04/2014, Dictamen 6/2014, separa “*finalidad*” e *interés*”. El primero ha de tener un contenido determinado, explícito y concreto que se corresponde con las específicas razones por las que un dato es tratado, y conlleva la implementación de un específico procedimiento para alcanzarlo. El interés es en sentido amplio, el beneficio que el responsable deriva del tratamiento de ciertos datos.

No cualquier medico u Hospital puede proteger el derecho del paciente a elegir el tratamiento médico. Para poder elegir la opción primero es necesario un Hospital que esté dispuesto a tratar a pacientes Testigos de Jehová, que cuente con tecnología en recuperación de sangre y minimización de su perdida, y profesionales de la medicina que tengan la especialización en técnicas de cirugía sin sangre. De ahí la necesidad de establecer una base de datos de hospitales dispuestos a colaborar con los miembros de la Confesión y de los médicos que, llegado el caso están dispuestos a operar.

Para valorar si concurre interés legítimo como motivo legal para el tratamiento de datos incluidos en la base de datos, deben ponderarse los derechos fundamentales en juego, el derecho a la vida y la integridad física de los miembros de la confesión y por otro lado el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Continuando con el Dictamen 6/2014 del Grupo de trabajo del artículo 29, sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, que trata sobre la ponderación que previene un impacto desproporcionado o injustificado, se ha de considerar:

-Impacto mínimo sobre los derechos fundamentales o intereses legítimos de los médicos.

- Los datos no se comparten, ni se tratan en internet o redes sociales ni se usan para fines mercantiles ni se realizan perfiles.-Los datos no tienen el carácter de sensibles.

OCTAVO: Con fecha 9/07/2018 tuvo entrada una segunda serie de alegaciones, reiterando lo alegado, añadiendo:

1) Solicitan a la Agencia que dictamine si hay interés legítimo como base jurídica para el tratamiento de datos, según las recomendaciones obtenidas en la entrevista que se pidió y obtuvo con el Instructor de 5/07/2018. También, a mejorar el método de información al médico, confeccionando un escrito en el que se le informe de la incorporación de sus datos en una base de datos con finalidad de contactar con él para el caso de que surja una intervención quirúrgica sin transfusión sanguínea de un paciente Testigo de Jehová, que se adaptará al nuevo Reglamento.

Si no fuera posible el tratamiento por interés legítimo, se procedería al tratamiento de datos con el consentimiento de los afectados.

2) *“Como la Agencia ha mostrado hasta ahora su determinación de que se solicite el consentimiento a los médicos que figuran en la base de datos”*, adjuntan copia de consentimientos obtenidos del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla que constan en su base de datos.

Aportan:

2.1) Impreso denominado *“Formulario de solicitud de información para profesionales de la salud”* con el literal que encabeza *“Si desea información sobre estrategias alternativas a las transfusiones o está dispuesto a tratar a sus pacientes que son Testigos de Jehová tenga la bondad de llenar este formulario y entregarlo a cualquier miembro del Comité de Enlace con los Hospitales.”* El formulario en algunos casos ya contiene precumplimentados los datos de nombre y apellidos, se halla dividido en Información de contacto, Disponibilidad, Solicitud de información, y Política de Privacidad.

En el apartado *DISPONIBILIDAD*, ante la declaración de *“En principio estoy dispuesto a administrar tratamiento sin emplear transfusiones de sangre”* se segrega en dos casillas:

- casilla para casos que no sean de emergencia o intervenciones programadas, que a su vez tiene tres casillas a elegir: Adultos, menores de edad, o bebés.
- casilla *“En casos de emergencia”* con tres casillas a elegir: Adultos, menores de edad, o bebés.

En el apartado *SOLICITUD DE INFORMACION*, tres casillas a elegir para marcar, referentes a información sobre tratamientos y alternativas.

Algunos formularios firmados no marcan casilla alguna en la sección *DISPONIBILIDAD*, y todos aparecen firmados entre las fechas 21/06 a 4/07/2018.

En el apartado titulado *POLITICA DE PRIVACIDAD*, indica *“Otorgo consentimiento expreso para que se almacenen y procesen mis datos” “La información solo se almacenará hasta que mi solicitud se haya contestado o mientras esté dispuesto a seguir administrando*



tratamiento o asesoramiento sobre dicho tratamiento. Las solicitudes para eliminar datos personales se podrán enviar a ..." constando una dirección .org que no resulta casi legible.

HECHOS PROBADOS

1) La denunciada manifiesta el 15/12/2017 en la visita de Inspección en su sede, que los Comités de Enlace con los Hospitales (CEH) son miembros de los Testigos de Jehová, existen en cada provincia, y realizan visitas a hospitales para conocer el grado de colaboración del personal facultativo sanitario respecto a la práctica de cirugías sin transfusiones y que "en los Hospitales que no disponen de equipos para realizar este tipo de cirugía, no se contacta con los facultativos".

Un miembro del CEH DE CANTABRIA (**B.B.B.**) durante la visita de Inspección manifestó que desde hace más de 20 años se recogen datos de facultativos dispuestos a colaborar con las creencias de los Testigos. El fin era conducir e informar a los hermanos que necesitaran dicho tipo de intervención. Los datos recabados pasaron a formar parte de una base de datos según indica dicho miembro en 2014, y se comunicaban a la sede nacional los datos de los facultativos dispuestos a colaborar.

2) **B.B.B.** disponía en la fecha de la visita de inspección de una base de datos en su ordenador que al ser abierta contiene dos carpetas, una denominada COLABORADORES, la otra CONSULTORES.

COLABORADORES, (fecha de modificación 14/12/2017) según explica, formada por los datos de los médicos dispuestos a colaborar con las creencias de los Testigos, clasificados por especialidades, por ejemplo en anestesiología con nueve facultativos que dan nombre a cada archivo contenido. Si se selecciona un facultativo, se contiene un documento denominado "INFORME SOBRE EL MEDICO COLABORADOR (para uso exclusivo del CEH. No mostrar al facultativo)" con nombre del CEH, fecha 10/10/2008, nombre y apellidos del médico y especialidad, cargo (Jefe de Sección de Cirugía cardiovascular), hospital, teléfono consulta, correo electrónico **N.N.N.@humv.es** . En la ficha existen espacios que aparecen sin cumplimentar como:

- ¿Desea recibir información sobre ahorro de sangre y alternativas a la transfusión?, Si/No.

-¿Está dispuesto en principio a administrar tratamiento sin emplear transfusiones de sangre donada, a) ¿en procedimientos programados o situaciones que no son de emergencia? b) en situaciones de emergencias?, y respuestas si/no para adultos, niños o bebés.

-Campo de "comentarios", y en la parte inferior de la ficha consta HIA 1/03/2008 (folios 27, 31, 32, 34, 35).

CONSULTORES, se informa que son facultativos que además de estar dispuestos a colaborar, prestan servicio de consultoría sobre los tipos de orientaciones sin realización de transfusiones de sangre, a médicos de otros centros hospitalarios de toda España, figurando cinco archivos con el nombre de los médicos. Accediendo a dicha carpeta existen cinco archivos con el título del nombre del doctor. Abriendo uno de ellos, existe el documento "Informe sobre el médico consultor. Para uso exclusivo del CEH. No mostrar al facultativo", en el que pone fecha 30/12/2013 y el mismo tipo de datos que en la ficha de COLABORADORES (37, 38).

3) En los sistemas de información de la SEDE NACIONAL de los Testigos de Jehová, en la fecha de la visita de inspección, 15/12/2017, se realizó consulta, figurando bajo el nombre *MEDICOS*, los datos de un facultativo, con nombres y apellidos, especialidad, teléfono del trabajo, e mail, y casillas marcadas en Cirugía programada/ urgencia en la sección adultos y niños (40, 41). Se trata del Doctor E.E.E., de cirugía ortopédica y traumatología. Este médico se halla incluido en la base de datos que el denunciante manda en el CD. Consta en Bases de Datos/ENVIADO A SEDE NACIONAL/COLABORADOR, done consta una ficha cumplimentada con opiniones de la entrevista mantenida en su día. También figura en una hoja Excel de *"listado general de médicos"*, y en la carpeta VISITADOS, 21/03/2011, Hospital Liencres.

4) Además de la visita de Inspección, el denunciante que colaboró con los CEH hasta 2014, aportó un CD en el que se puede ver:

4.1- hoja excel de pacientes, patología, nombre de los médicos que les atienden, especialidad, observaciones sobre la enfermedad, congregación a la que pertenecen, supuestamente el paciente (FOLIO 4 y CD)

4.2- hoja excel numerada con datos de nombre y apellidos de médicos, fecha, observaciones subjetivas sobre la entrevista que se mantiene como *"da su aprobado"* "sin problemas, accede" *"posible consultor"* en fechas, van de 2009 a 2012.

4.3- hoja excel con nombres de médicos, especialidad, hospital y anotación de falso/ verdadero en diversos ítems: *recibir información, administrar tratamientos sin sangre, administrar tratamientos programados, administrar tratamientos emergencias*, según sean: *adultos, niños o bebés*. Anotaciones en un apartado llamado *"comentarios"* como *"socialista y de gran influencia en el hospital "muy majo"* (10 y ss.)

4.4- hoja Excel con nombres de médicos, especialidad, hospital, tipo relación: Nuevo, colaborador o visitado, observaciones, recomendación y experiencia.

4.5 ficha *"informe sobre el medico consultor. Para uso exclusivo del CEH. No mostrar al facultativo"* en la que se contiene el nombre del médico, especialidad, cargo, hospital, y en el apartado *¿En qué situaciones ha ayudado este médico a vuestro CEH?* consta el literal *"Admiten todos los casos locales o trasladados. Muy buena disposición a dialogar"*. En el apartado *"Explicad porque recomendáis a este médico"* figura *"Total colaborador, sensible respetuosos"*, fecha de la ficha 16/01/2012. En el mismo sentido consta la *"ficha "informe sobre el medico colaborador. Para uso exclusivo del CEH. No mostrar al facultativo"* con comentarios incluidos.

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

En primer lugar nos hemos de referir a que datos en concreto son los que se han almacenado y conservado, y suponen el tratamiento de datos sin consentimiento que se imputa, estimándose que forman parte de un fichero. Para ello se ha de acudir al CD que aporta el denunciante y que aunque refieren información de 2014, se aprecia que la misma



en cuanto a médicos se mantiene y pervive en la fecha de inspección, 15/12/2017. Así se verifica de las manifestaciones de la videoconferencia con el miembro del CEH de Cantabria, que en su ordenador mantenía datos que coincidían con los que figuraban en el del CD que aportó el denunciante. En el folio 19 del CD consta F.F.F., de Trasplantes, en el folio 36 doc2, dos también, además en la carpeta de Consultores, lo mismo sucede con H.H.H., folio 36 en Inspección, folio 16 del CD. Las manifestaciones del miembro del CEH de que la base de datos había sido destruida carecen de veracidad al comprobarse la pervivencia de los mismos, que a 2014 existían y en 2017 siguen existiendo.

También se verifica que otros médicos que formaban parte de las carpetas vistas en la inspección, del CEH Cantabria como los médicos de ANESTESIOLOGIA, figuraban incluidos en la base de datos de médicos aportados en el CD (G.G.G. por citar solo dos). De ello se deduce que datos recogidos en su día, actualizados, perviven en fecha de inspección, 15/12/2017. La lista de Anestesiología, obtenida en la Inspección, procedente del miembro del CEH Cantabria, coincide con la lista de los médicos que el denunciante aportó en su denuncia, figurando en bases de datos *Colaboradores, Anestesiología*.

A los datos de médicos existentes en dicho CEH se ha de añadir los verificados en el sistema de información de la denunciada, SEDE CENTRAL, verificado durante la visita de Inspección, en el que figuraba C.C.C., mismo médico que figura en el CD de la denuncia, en la sección Base de datos, Uso propio, Consultores. Así pues se trata de una base de datos de médicos creada hace tiempo, que a día de hoy pervive tanto en la sede nacional como dentro de la organización de la misma.

Se observa que los médicos que aparecen en las carpetas que tenía el día de la inspección el miembro del CEH de Cantabria en su ordenador, figuraban también en el CD aportado por el denunciante cuyos últimos datos parecían remontarse al año 2014, y coinciden que se hallan en carpetas denominadas COLABORADORES con datos de médicos dispuestos a colaborar con las creencias de los Testigos de Jehová o carpeta denominada CONSULTORES, que según la denunciada, además de estar dispuesto a colaborar, prestan servicio de consultoría sobre los tipos de operaciones sin realización de transfusiones de sangre, a médicos de otros Centros hospitalarios de toda España.

Con respecto al desacuerdo de lo incluido en el acuerdo de inicio, en el fundamento de derecho primero que figura entrecomillado: *“Así se desprende de la inspección, en que se hace referencia a la creación de una base de datos profesionales de la medicina, con formatos de fichas y fechas en que se mantuvieron o visitaron a los médicos”*, se debe decir que forma parte de la explicación o motivación del citado acuerdo, y no es sino una manifestación de una persona de su organización, el Sr **B.B.B.**, del CEH Cantabria que lo manifestó durante la Inspección y se acreditó con la constancia en su sistema de información que disponía de dichos datos de médicos que coincidían con los que figuran en el CD, obtenidos, actualizados y vigentes al día de la visita de la Inspección. Siendo el fin: *“poder ayudar a los hermanos que necesitasen algún tipo de intervención” “se trasladaban a la sede nacional datos de facultativos dispuestos a colaborar” “La citada base de datos se creó en 2014”*. Añadiendo para confirmar la creación de dichos ficheros, que perviven, las conversaciones que mediante correo electrónico mantuvo el denunciante con otro miembro del CEH, con referencias que figuran en el CD en el que se deduce que existía un *“trabajo de poner al día el archivo del CEH”*, *“fichas”*, *“te lo llevare en un pendrive para que le echas un vistazo”* *“te paso en Excel los datos que estaban en la base de datos acces del CEH”* *“realización de visitas”* *“listado de 116 médicos”*.



Sobre la alegación de la denunciada respecto a si los datos obtenidos de los facultativos que se encuentran en sus ficheros están o no, incluidos en el ámbito de aplicación de la LOPD, y por tanto si se les aplican las garantías de la misma, o si les resulta aplicable la excepción del artículo 2.2 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21/12 (en adelante RLOPD); se debe indicar que los artículos 1 y 2.1 de la LOPD y 2.2 del RLOPD que regulan el objeto y el ámbito de aplicación de la norma determinan:

Artículo 1

“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.”

Artículo 2.1

“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.”

RLOPD, 2.2. *“Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.”*

Del análisis del ámbito de aplicación de la propia LOPD, y la cuestión de su aplicación en los supuestos en que los datos se refieran a personas físicas que lleven a cabo una actividad mercantil o profesional, se debe señalar que hasta la entrada en vigor de la LOPD, se entendía que dichos datos deberían considerarse asimilados a los correspondientes a personas jurídicas, toda vez que el objeto de protección de la Ley Orgánica 5/1992, de 29/10, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD) consistía en la protección de la intimidad personal y familiar de las personas físicas, siendo así que no puede entenderse que las empresas gocen de la citada intimidad. Por tanto, no podía ser aplicable a esas personas la protección consagrada por la LORTAD, ni siquiera cuando su actividad se identifique plenamente con la de una persona física determinada, habida cuenta que el ámbito personal que se protegía debía ser considerado como distinto del empresarial.

Ello supone que, si bien los empresarios individuales pueden carecer de un derecho a la intimidad personal y familiar, ello no implica que el tratamiento de los datos referidos a los mismos pueda dar lugar a una vulneración de otros derechos que les atribuye la Constitución (por ejemplo, el tratamiento de los datos relacionados con la pertenencia de un empresario a una determinada asociación puede vulnerar el derecho de asociación, consagrado por el artículo 22 de la Constitución), así como que las mismas carezcan de un derecho específico a la protección de datos, dado que en modo alguno, con independencia de su esfera de actuación dichas personas podrían ser consideradas personas jurídicas.

La Audiencia Nacional en sus Sentencias de 22/11/2002 (recurso 881/2000) y 25/06/2003 (recurso 1099/2000) señaló que no existían motivos para considerar fuera del ámbito de aplicación de la LOPD a los profesionales pues *“no ejercen su actividad bajo forma*



de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante a que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio”. Posteriormente, la Sentencia de 11/02/2004 (recurso 119/2002), incide en este sentido: “Asimismo, que los datos del recurrente se refieran a su actividad profesional no impide la aplicación del régimen jurídico sancionador que diseña la expresada LO pues la protección de datos que se reconoce en el art 18.4 de la CE, extiende su protección no a los datos íntimos de la persona —que se protegen en el derecho a la intimidad del art 18 1 de la CE- sino a los datos de carácter personal (STC 292/2000). Por tanto, la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del art. 18.1 y que se traducen en el derecho al control sobre sus datos. Se pretende garantizar ahora a la persona, mediante el control sobre sus datos personales, sobre su uso destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado, que los datos sólo podrán ser tratados y cedidos con su consentimiento. De lo dicho se infiere que no es preciso en modo alguno que se haya vulnerado el derecho a la intimidad, ni que el dato afecte a esa esfera íntima de la persona, para que pueda ser sancionada una conducta en materia de protección de datos, pues este derecho fundamental —art 18.4- tiene un objeto distinto y una dimensión que excede de la del derecho a la intimidad. Téngase en cuenta que en la expresada STC 292/2000 se declara que “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de las persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo”. Acorde con la doctrina anterior, y teniendo en cuenta que la LO 15/1999 tiene por objeto garantizar y proteger, por lo que ahora interesa, los datos personales, entendiéndose por tales, ex art 3.a) de la citada Ley, “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, debe concluirse que en el caso examinado el dato afectado, aunque se refiera al lugar de ejercicio de su profesión, es un dato de una persona física con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la LO 15/1999 de tanta cita, como viene declarando esta Sala reiteradamente, por todas Sentencia de 21 de noviembre de 2002. En efecto, los datos personales son predicables de todos los ciudadanos, sin que pueda excluirse de dicha previsión los relativos a aquellos que realizan una actividad profesional, pues el ejercicio de esta actividad no puede ser equiparado a estos efectos a la de una empresa, como parece mantener el recurrente”.

Es doctrina de esta Agencia que la protección conferida por la LOPD, no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías establecidas en la Ley, y por extensión lo mismo ocurrirá con los profesionales que organizan su actividad bajo la forma de empresa (ostentando, en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio) y con los empresarios individuales que ejercen una actividad comercial y respecto de las cuales sea posible diferenciar su actividad mercantil de su propia actividad privada, estando en el primer caso excluidos también del ámbito de aplicación de la citada Ley..

En definitiva pues, tanto las personas jurídicas como los profesionales y los comerciantes individuales (éstos dos últimos sólo en los estrictos términos señalados en el párrafo que antecede, esto es, cuando sus datos hayan sido tratados tan sólo en su consideración de empresarios) quedan fuera del manto protector de la LOPD.

A contrario sensu, tanto los profesionales como los comerciantes individuales quedarían bajo el ámbito de aplicación de la LOPD y, por tanto, amparados por ella cuando los primeros no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando, en consecuencia, la condición de comerciante y los segundos cuando fuera posible diferenciar su actividad mercantil de la propia actividad privada. En estos dos casos deberán aplicarse siempre las garantías de la LOPD dada la naturaleza fundamental del



derecho a proteger. Ello exigirá siempre ir analizando caso por caso para hallar en cada supuesto concreto el límite fronterizo donde resulte afectado el derecho fundamental a la protección de datos de los interesados personas físicas, o, por el contrario, aquél no resulte amenazado por incidir tan solo en la esfera de la actividad comercial o empresarial, teniendo en todo caso presente que, en caso de duda, la solución deberá siempre adoptarse a favor de la protección de los derechos individuales. Ninguno de estos es el caso de los Médicos que son profesionales, pero que prestan servicios en un hospital público, y se trata de datos históricamente procedentes de entrevistas personales y su disposición a colaborar con la denunciada. Las notas de Colaborador/Consultor se añaden al facultativo que consta en sus bases de datos, que no es un dato propio del Médico sino una creación de la denunciada.

El informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos 164/2008 realiza una valoración sobre la aplicación de la LOPD a los datos de contacto de médicos. Sobre la aplicación de la exención prevista en el artículo 2.2 del RLOPD que indica: *“este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”*.

Esta Agencia se ha pronunciado acerca de la interpretación que ha de darse a lo dispuesto en el segundo inciso del precepto citado en numerosos informes a partir del emitido con fecha 28/02/2008, en que se señalaba lo siguiente:

“(…) la Agencia ha venido señalando que en los supuestos en que el tratamiento del dato de la persona de contacto es meramente accidental en relación con la finalidad del tratamiento, referida realmente a las personas jurídicas en las que el sujeto presta sus servicios, no resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, viniendo el Reglamento a plasmar este principio.

No obstante, nuevamente, es necesario que el tratamiento del dato de la persona de contacto sea accesorio en relación con la finalidad perseguida. Ello se materializará mediante el cumplimiento de dos requisitos:

El primero, que aparece expresamente recogido en el Reglamento será el de que los datos tratados se limiten efectivamente a los meramente necesarios para identificar al sujeto en la persona jurídica a la que presta sus servicios. Por este motivo, el Reglamento impone que el tratamiento se limite a los datos de nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados, dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”.

De este modo, cualquier tratamiento que contenga datos adicionales a los citados se encontrará plenamente sometido a la LOPD, por exceder de lo meramente imprescindible para identificar al sujeto en cuanto contacto de quien realiza el tratamiento con otra empresa o persona jurídica.

El segundo se encuentra, como en el supuesto contemplado en el artículo 2.3, en la finalidad que justifica el tratamiento. Como se ha venido indicando reiteradamente, la inclusión de los datos de la persona de contacto debe ser meramente accidental o incidental respecto de la verdadera finalidad perseguida por el tratamiento, que ha de



residenciarse no en el sujeto, sino en la entidad en la que el mismo desarrolla su actividad o a la que aquél representa en sus relaciones con quienes tratan los datos.

De este modo, la finalidad del tratamiento debe perseguir una relación directa entre quienes traten el dato y la entidad y no entre aquéllos y quien ostente una determinada posición en la empresa. De este modo, el uso del dato debería dirigirse a la persona jurídica, siendo el dato del sujeto únicamente el medio para lograr esa finalidad.

Así sucedería en caso de que el tratamiento responda a relaciones “business to business”, de modo que las comunicaciones dirigidas a la empresa, simplemente, incorporen el nombre de la persona como medio de representar gráficamente el destinatario de la misma. Por el contrario, sin la relación fuera “business to consumer”, siendo relevante el sujeto cuyo dato ha sido tratado no sólo en cuanto a la posición ocupada sino como destinatario real de la comunicación, el tratamiento se encontraría plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento.”

En el supuesto contemplado en el presente caso, debe tenerse en cuenta que el objeto de las bases de datos de la denunciada así como de los hallados en el ordenador del miembro del CEH que corresponden a la denunciada, relacionados ambos con los datos de las bases aportados por el denunciante, no buscan contactar con la empresa/hospital sino que lo hacen con todas y cada una de las especialidades en las personas de sus médicos, integrantes de los ficheros, incluyendo varios facultativos dentro de la misma especialidad en algunos casos, apreciándose que en el origen y traspaso de los datos vienen de la labor de los CEH de los que se nutren los ficheros. No se aprecia sino una relación directa con los facultativos, en modo alguno con el Hospital. No se puede calificar de datos incidentales cuando a los facultativos se les ha clasificado en colaboradores, consultores.

De este modo, no puede considerarse que la inclusión de los datos del facultativo sea meramente accidental en relación con la finalidad que justifica el tratamiento, sino que es precisamente la identificación de cada uno de los profesionales de la medicina el objeto de las bases de datos creadas y la finalidad que motiva su creación.

Los facultativos cuyos datos se hayan en los ficheros de la denunciada deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación de la LOPD ya que el hecho de ser médico y ejercer la medicina, en sí mismo, no supone el desarrollo de una actividad empresarial, máxime cuando dicha actividad médica se desarrolla en un hospital público perteneciente al Servicio de Salud de la CCAA de Cantabria en el que se presta servicio por cuenta ajena.

En consecuencia, el fichero se encontrará plenamente sometido a lo dispuesto en la LOPD, debiendo darse cumplimiento a las obligaciones previstas en la misma y en su Reglamento de desarrollo, entre las cuales se encuentra la del tratamiento con el consentimiento del afectado, o en su caso que el 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, además de contar con la inscripción del fichero en el Registro General de Protección de Datos de la AEPD y la información de la recogida de los datos a

los afectados con la finalidad del tratamiento de datos y sede ante la que ejercitar los derechos.

En el presente supuesto, los datos recogidos a lo largo del tiempo, subsisten hoy día como se verificó en la Inspección en los sistemas de información de la denunciada y en el ordenador de uno de sus miembros que forma parte del CEH. Los miembros del CEH según reconoció la denunciada, se forman en cada provincia, contactando durante la Inspección con uno de ellos, que precisamente es identificado por el denunciante en su denuncia. Una de las misiones de dicho CEH es ofrecer servicios de medicina sin sangre a los hermanos que lo necesiten, siendo esta una de las finalidades, tener a mano unas referencias para supuestos en que sea necesario, saber que se puede acudir a ese profesional. Por tanto, la alegación de que no utilizan los datos de los facultativos para asuntos personales sino para cuestiones relacionadas con actividades profesionales del Hospital no puede ser atendida, ya que se perfilan solo los médicos que tienen interés para la denunciada. La existencia de fichero queda acreditada.

En el presente supuesto, los datos de los facultativos no pueden ser considerados como datos referentes al desarrollo de una actividad mercantil excluido del ámbito de aplicación de la LOPD, ni de datos de personas de contacto con la entidad, pues no solo figura un facultativo del Hospital, sino varios dentro de la misma especialidad, que tienen como denominador común realizar sus funciones en dicho Hospital.

No se aprecia que el dato de cada facultativo que figura en las bases de datos sea instrumento alguno o medio de contacto con el Hospital, sino que constituye el fin del fichero, la confección de una base de datos con datos de facultativos para conocer su postura en relación con la medicina sin sangre o disponibilidad a estas intervenciones.

En cuanto a la alegación de que los datos de los médicos figuran en fuentes de acceso público, más en concreto en la página web del Hospital, se debe indicar que no es que consten solo los datos de los Médicos, sino que aparecen clasificados en carpetas, como colaborador o consultor, datos que no están en el Hospital. Además, el hecho de que estén en la web del Hospital no supone la pérdida del poder de autodeterminación de las facultades del titular del dato, pues dicha web no es fuente de acceso público según la LOPD.

III

La infracción objeto de apertura de este procedimiento, no es haber obtenido dicho tipo de datos en relación con la finalidad, sino haberse obtenido y mantenerse dichos datos sin el consentimiento de los facultativos afectados, una infracción que se inscribe en la del artículo 6 de la LOPD que indica:

La infracción que se imputa a la denunciada es la del art. 6 de la LOPD establece:

“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 comercial, 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”

El art. 3 h) de la LOPD define el “consentimiento del interesado” como “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 define en su artículo 3: “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.”, y Responsable del fichero o tratamiento: “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

Junto a ello, figura el deber de informar de la recogida de datos que es predicable aunque no sea necesario el consentimiento previo para el tratamiento de datos. Como ejemplo, los datos que se dan para un contrato en los que no se precisa la obtención del consentimiento, que se entiende implícito siempre que los datos tratados lo sean para su cumplimiento, precisarían también de una cláusula informativa con contenido citado en el artículo 5 de la LOPD que señala:

“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.”

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los



mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo.

5. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior, cuando expresamente una ley lo prevea, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o de organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias..

Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten.”

El tratamiento por causa de interés legítimo debe entre otros requisitos también informar al afectado del que se recogen datos. En el presente caso, no se acredita la información completa y exhaustiva que señala el artículo 5.1 sobre los datos de los Médicos, finalidad del tratamiento, derechos a ejercitar, o clasificación de los mismos en COLABORADOR Y CONSULTOR.

El señalamiento de que se informó verbalmente no detalla en qué términos, su contenido, en que momento, ni ofrece muestras de haberse realizado. Ello contando además la antigüedad de los datos, que se acreditan en 2014 y también el día de la visita de Inspección.

El principio del consentimiento expresado conllevará, por tanto, la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, permitiéndose así a aquel ejercer efectivo control sobre dichos datos y garantizando su poder de disposición sobre los mismos. Ahora bien, tal y como ha expresado esta Sala reiteradamente, entre otras, en Sentencia de 28/02/2007 -recurso nº.236/2005-, *“el consentimiento ha de ser necesariamente “inequívoco”. De modo que ha de aparecer como evidente, o, lo que es lo mismo, que no admite duda o equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar el consentimiento. “*

Por otro lado, la carga de acreditar la existencia del *“consentimiento inequívoco”*, a que hace referencia el art. 6.1 de la LOPD, recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos (Sentencia de la Audiencia Nacional de 8/11/2012 -recurso nº. 789/2010-) ligándolo con los posibles responsables de las infracciones que se determina en el artículo 43.1 de la LOPD con el literal: *“Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley.”*



No se acredita que la denunciada disponga de consentimiento de los afectados que integran las bases de datos de médicos del CEH Cantabria ni de la propia base de datos de la Sede Central.

IV

En cuanto a la alegación de la denunciada de que el "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" que no precisaría de consentimiento del afectado, el RLOPD indica en su artículo 10.1) y.2.b): "Supuestos que legitiman el tratamiento o cesión de los datos"

1. Los datos de carácter personal únicamente podrán ser objeto de tratamiento o cesión si el interesado hubiera prestado previamente su consentimiento para ello.

2. No obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando:

b) Los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. Notas de vigencia

El Tribunal Supremo, en una sentencia de 8/02/2012, ha anulado el citado art. 10.2.b que permitía el tratamiento de datos sin consentimiento de su titular en caso de que los "datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado". El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 24/11/2011 (Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (asunto C-468/10), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) C-469/10) dictaminó que este artículo era contrario a lo dispuesto en el artículo 7.f) la Directiva 95/46, siendo objeto de anulación por la STS por exigir para aplicar la excepción a la regla general del consentimiento y así legitimar el tratamiento o cesión de los datos que estos figurasen en "fuentes accesibles al público".

El artículo 7.f), de la mencionada Directiva de efecto directo en la normativa española, establece:

"Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si:

f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del Art. 1 de la presente Directiva: en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales."

El interés legítimo del artículo 6.2 LOPD alegado, interpretado conforma a la sentencia, no debe utilizarse como último recurso en base a que es menos restrictivo que otros fundamentos para el tratamiento de datos. Deben ser analizados la naturaleza y la fuente del interés legítimo, la necesidad del tratamiento, y la repercusión para el interesado junto a las garantías adicionales que podrían limitar el impacto sobre los datos.

La interpretación correcta tanto el artículo 6.2 de la LOPD como el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46/CE, reside en la exigencia de dos requisitos acumulativos para que un tratamiento o cesión de datos personales sea lícito sin contar con el consentimiento del afectado, a saber: por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos; y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado.

El interés legítimo debe ser:

-lícito

-estar articulado con claridad suficiente para permitir que la prueba de sopesamiento se lleve a cabo en contraposición a los intereses y derechos fundamentales del interesado, es decir suficientemente específico.

-representar un interés real y actual.

El tratamiento debe además, ser necesario para el fin o los fines previstos.

El interés legítimo en el tratamiento de datos al efectuarse sin consentimiento del afectado debe acreditarse y sopesarse con los derechos e intereses de afectado, que no son propuestos por la denunciada, circunstancias que debe acreditar la denunciada

Por otra parte, la situación de emergencia vital no justificaría el interés alegado por cuanto es una circunstancia que debe ser tenida en cuenta por el Centro sanitario conforme a sus protocolos de actuación.

Se considera que el interés legítimo alegado no es apremiante, considerando que los datos de los médicos proceden de 2014, preexistiendo dichos datos y podía haber obtenido el consentimiento de los afectados, luego ninguna situación de emergencia puede alegarse en la atención del interés alegado. No se aprecia conflicto entre ningún derecho fundamental y el de protección de datos que alega la denunciada. Considerando que la denunciada no tiene inscrito el fichero de médicos sobre el que declara le ampara un interés legítimo para tratar dichos datos, que no se acredita que hubiera informado en la recogida de los datos, con lo cual no existe transparencia para los afectados ni garantías de la eventual petición de cancelación de datos que los ficheros se han ido formando en un largo periodo.

Resulta pues, no sólo que no se ha acreditado la realización de una ponderación que permita apreciar la prevalencia del interés legítimo alegado, como exige el artículo 7.f) de la Directiva 95/46 y la jurisprudencia que se ha citado, sino que tampoco han establecido y sopesado las garantías esenciales para los afectados, por lo que los motivos de interés legítimo en los que la denunciada pretende ampararse para el tratamiento de los datos de los médicos que viene llevando a cabo no se ajusta a las previsiones de la norma y en particular del artículo 6.2 de la LOPD citado.

V

La infracción se tipifica en el artículo 44.3.b) de la LOPD que indica: “*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.*”

VI



Sostiene la denunciada que los datos de los facultativos proceden de fuentes de acceso público, si bien no concreta ni aporta cual sea la misma, aludiendo a que *“están al alcance del público en general, son datos públicos disponibles en la página web del Hospital”* donde prestan servicios, aunque no aporte copia de dicha página web. El apartado j) del art. 3 de la LOPD proporciona la definición legal de las fuentes accesibles al público a los efectos prevenidos en la propia Ley. Comienza señalando este precepto como criterio general que son fuentes accesibles al público aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación.

En primer lugar, la información que de los Médicos se hallaba en el ordenador del miembro del CEH el día de la inspección aparece clasificada en Médicos Consultores, Médicos Colaboradores, términos que también se manejan en los ficheros que el denunciante aportó. Colaborador como médico dispuesto a colaborar y en tal sentido figuran registrados sus datos, en tal condición, igual que figuran algunos bajo la carpeta *“Consultores”*, o asignadas especialidades como si practica o no cirugía sin sangre en adultos, niños según sea urgencias o programada, extremos que no figuran en fuente alguna de acceso público.

Además la manifestación de la denunciada de que es información recabada del propio hospital donde el facultativo presta sus servicios no resulta acreditada y sí que los datos proceden de un cribado y entrevistas con los facultativos.

En definitiva, los datos de carácter personal de los facultativos no han sido recabados de fuentes accesibles al público.

VII

El artículo 45.1, .2. 4 y 5 de la LOPD señalan:

“1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.

2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.”

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) El carácter continuado de la infracción.

b) El volumen de los tratamientos efectuados.

c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.

d) El volumen de negocio o actividad del infractor.

e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

f) El grado de intencionalidad.

g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.

h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.

i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida

y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.”

En el acuerdo de inicio se indicó: “Tras las evidencias obtenidas en la fase de investigaciones previas, y sin perjuicio de lo que resulten de la instrucción, se debe tener en cuenta que no constan tratamientos adicionales específicos dirigidos a los integrantes del colectivo facultativo del Hospital Valdecilla (45.4.j), y que no existe una relación directa de los fines de la denunciada con la actividad de realización de tratamientos de datos de carácter personal (45.4.c) pudiéndose aplicar el artículo 45.5.a) de la LOPD que implica aplicar la escala de sanciones que precede inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada, en el presente caso de las leves: de 900 a 40.000 euros.

Considerando que la recogida de datos de facultativos en sí, para la finalidad de entrevistarse para informar no es en sí ilegítima (45.4.j) y que no se aprecia un cualificado y específico perjuicio a los afectados, (45.4. h) se estima que la sanción que correspondería sería de 10.000 euros.”

La denunciada alega que la sanción es desproporcionada, teniendo en cuenta la ausencia total de culpabilidad y que los datos de los facultativos se hallaban en la web.

El artículo 29.3 y 4 de la Ley 40/2015, de 1/10, del Régimen Jurídico del sector Público, indica:

“3 En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.

b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.

c) La naturaleza de los perjuicios causados.



d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior.”

En cuanto a la falta de culpabilidad en la conducta realizada por la denunciada, el ilícito administrativo se consuma, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de dolo o culpa. Desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. La interpretación que del ámbito de aplicación de los datos de los médicos dice la denunciada haber llevado a cabo, debió haberse confirmado antes de continuar con los tratamientos que se han desarrollado durante el tiempo, por ejemplo solicitando informes a esta AEPD. Siendo por tanto relevante la diligencia desplegada, en el presente supuesto, la culpabilidad concurre en la denunciada, y se tuvo en cuenta al aplicar el artículo 45.5.a) de la LOPD en el acuerdo de inicio.

Procede pues ratificar la sanción inicial, de 10.000 euros por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD.

Finalmente, sobre el dictamen que se solicita para la obtención del consentimiento o la base legal del mismo y la información en su caso de la recogida de datos conforme con el nuevo Reglamento (UE) 2016/679, se indica que este procedimiento excede de dicho objeto.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: IMPONER a **TESTIGOS CRISTIANOS DE JEHOVÁ** con NIF **K.K.K.**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, una multa de 10.000 €, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1., 2, 4 j) y h) y 45.5 a) de la citada LOPD.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **TESTIGOS CRISTIANOS DE JEHOVÁ**.

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17/12, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.



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 30/12, 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 22/12 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 21/12.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 13/07, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la Ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1/10. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

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