

# Compatibilidad entre el derecho de defensa y la protección de datos

JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA

Abogado y Doctor en Derecho  
Secretario General de la Asociación Española de Abogados  
Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

**Indice:** 1.- Introducción. 2.- La comunicación de datos relativos a accidentes de tráfico a las compañías aseguradoras o a los abogados defensores de los implicados en ellos. 3.- Qué datos que pueden comunicarse a través del atestado de la Policía Local o Guardia Civil, además de los datos relativos al nombre y DNI de todos los implicados. 4.- La utilización del correo electrónico como medio de recepción y de remisión de la documentación solicitada por las compañías aseguradoras. 5.- Acceso total o parcial a la Historia Clínica con fines judiciales. 6.- Limitaciones de acceso a las anotaciones subjetivas obrantes en las Historias Clínicas. 7.- Acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras. 8.- Acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. 9.- Peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados. 10.- Acceso a la historia clínica de un paciente fallecido. 11.- ¿Es posible la cesión de datos entre aseguradoras de un mismo riesgo? La sentencia del tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011. 12.- Conclusiones.

## 1.- Introducción

Todos somos conscientes de la importancia que tiene conocer los antecedentes médicos de las víctimas de accidentes, a la hora de valorar la incidencia que dichos antecedentes tienen en las posibles secuelas que puedan quedarle. Pero el acceso a los antecedentes médicos, que son datos incluidos en la historia clínica, constituye una modalidad de ejercicio del derecho de acceso regulado por el artículo 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, siendo, como consagra la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y, en consecuencia, parte esencial de un derecho de la personalidad del afectado.

Y es que la confidencialidad de los datos médicos es un aspecto clave de la relación entre médico y paciente, pues conlleva la confianza de este último de que la información que facilita va a quedar preservada, al igual que todos los datos de su historia clínica. Javier Antomás Osés y Susana Huarte del Barrio, en su trabajo “Confidencialidad e historia clínica: Consideraciones ético-legales” ponen de relieve que “al ser la historia clínica el documento donde la relación con el paciente queda reflejada, requiere de una protección extraordinaria por la naturaleza especialmente sensible de la información en ella contenida”. En dicho trabajo se hace un estudio histórico sobre el secreto profesional en el ejercicio de la medicina, pues desde tiempos inmemoriales se ha tenido un especial cuidado en mantener la reserva de la información

médica recabada. De hecho, ya en el año 460 a.C. se formula el "Juramento Hipocrático" que entre sus cinco obligaciones incluye la siguiente: "Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas". Este punto del juramento, presente en la tradición médica occidental a lo largo de los siglos es recogido y adaptado en los códigos deontológicos de las distintas profesiones sanitarias.

Por su parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, como la Constitución Española, en el artículo 18, tratan la intimidad como un derecho fundamental del individuo. Además de que España suscribió en 1997 el "Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina", conocido como el Convenio de Oviedo, que reconoce el derecho de las personas al respeto de su vida privada en asuntos de salud, así como a conocer toda la información obtenida respecto a su salud, salvo las restricciones que establezca la ley.

Asimismo, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986), ya reconocía en su artículo 10.3 el derecho a la intimidad, al igual que posteriormente lo hace la ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de Desarrollo, pero es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la que regula y desarrolla pormenorizadamente esta materia, recogiendo en su artículo 16.1 que la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente, determinando expresamente en su artículo 17.6, que son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la LOPD.

Por tanto, el uso de los antecedentes médicos incluidos en la historia clínica o en cualquier registro, deberá garantizar el derecho a la intimidad del paciente como derecho fundamental de la persona. Este criterio general que sienta la Ley de Autonomía del Paciente queda matizado en su artículo 16.3 cuando establece que el acceso a la historia clínica con fines judiciales, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual en su artículo 11 establece que los datos de carácter personal requerirán el previo consentimiento del interesado, que no será preciso según el apartado 2.d de dicho artículo, cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

Luego serán los Jueces y Tribunales quienes pueden, y así lo vienen haciendo, requerir los antecedentes médicos o historia clínica de un lesionado cuando así lo estimen oportuno para los fines judiciales. No obstante, un criterio prudencial aconseja solicitar al juez que defina la relación que pueda existir entre la historia clínica y el objeto del proceso, pues si se acoge dicha petición, se podrán aportar únicamente aquellos documentos que sean relevantes al caso, garantizando así, en lo posible, la confidencialidad.

A juicio de Forense Guillermo Portero Lazcano, en su artículo “Historia Clínica: Problemática sobre la propiedad”, únicamente pueden disponer de la HC íntegra (salvo consentimiento expreso de los terceros implicados), los médicos que participan en el proceso asistencial al paciente y ello en aras a que el fin primordial de la HC es la salud del paciente, y el otro caso, sería en un proceso penal para la investigación de una presunta mala-praxis médica o la verificación del preceptivo consentimiento informado previo a toda intervención. De lo contrario, entiende este forense, que se vulneraría el derecho a la intimidad de las terceras personas, derecho reconocido constitucionalmente y protegido por nuestras leyes penales y civiles. Además, hay que tener en cuenta que las anotaciones, impresiones subjetivas, comentarios, etc. que el médico refleja en la HC, deben estar sujetas a la misma consideración protectora que la información de las terceras personas, si bien debemos partir de la base de que toda la información recogida en la HC ha de ser relevante y necesaria para el fin que se persigue, y que no es otro, que el beneficio del paciente. Estas anotaciones o comentarios podrían ser mal interpretadas por el paciente y su divulgación sistemática, amén de atentar contra el derecho de confidencialidad del médico, conduciría a un cambio en el proceder del médico cuando elabore la HC y al final, ello redundaría en un perjuicio para el propio paciente. Por último, llama la atención sobre el abuso que desde la Administración de Justicia se hace sobre la petición de HCs completas, coincidiendo por mi parte en este punto cuando dice que “en la mayoría de los casos, con informes clínicos, sería suficiente para solucionar el problema puntual que se pueda plantear”.

Con respecto al posible tratamiento por las Compañías Aseguradoras de los datos de salud de aquellas personas respecto de las que deben prestar asistencia, Luis Sarrato Martínez, magistrado sustituto y gran especialista en Derecho Sanitario, en su artículo “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías” se plantea la cuestión de si es posible que la Compañía Aseguradora obligada a la prestación asistencial pueda conocer los datos del lesionado sin su consentimiento y si es posible que esos datos se los facilite, por ejemplo, el servicio público de salud que haya prestado la correspondiente asistencia.

La Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado varios Informes en los que se aborda esta cuestión. En concreto, el Informe 526/2003 de la AEPD, de fecha 11 de agosto, admite que no se exija el consentimiento en el caso de la cesión por los centros sanitarios públicos a las Compañías de Seguros de los datos relativos a la asistencia sanitaria prestada derivada de accidentes de tráfico, por entender que el tratamiento de datos de salud está habilitado legalmente sin el consentimiento del afectado, dado que las Compañías de Seguros son responsables del pago de la asistencia en aplicación de lo previsto por los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con dos matices: a) solo se pueden ceder los datos imprescindibles para la facturación, y b) no se prejuzga el criterio que deba seguirse en el caso de centros privados.

Por otra parte, el Informe 449/2004 de la AEPD, entiende que podría plantearse si la comunicación de los datos sería admisible como consecuencia de la existencia de una relación contractual que vincula al asegurado con la entidad aseguradora y a ésta con el centro sanitario o profesional, planteándose la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 11.2 c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que habilita la cesión de los datos sin contar con el consentimiento del afectado “Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una

relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”.

En este sentido, según dispone el artículo 105 de la Ley reguladora del Contrato de Seguro “cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica”. A su vez, el artículo 106 establece que “los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria quedarán sometidos a las normas contenidas en la sección anterior en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros”, previendo el artículo 103, dentro de dichas disposiciones, que “los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato”. En consecuencia, la Ley impone a la entidad aseguradora la obligación de satisfacer el gasto de asistencia sanitaria efectuado como consecuencia de la enfermedad del asegurado, lo que exigirá conocer cuál será éste, dado que la asistencia se realizará generalmente por terceros ajenos a la propia entidad aseguradora, y en consecuencia esta obligación parecería incluir un indicio de la necesidad de comunicación a la aseguradora de los datos necesarios para conocer la actividad asistencial realizada.

Sin embargo, la AEPD entiende que la aplicación del mencionado artículo 11.2 c) no resulta aplicable en el supuesto analizado, dado que la propia Ley Orgánica 15/1999 viene a exigir, en el caso del tratamiento de datos relacionados con la salud de las personas la existencia, en caso de no contarse con el consentimiento del interesado, de una norma específica con rango de Ley que autorice la cesión de dichos datos. De este modo, frente a la regla general establecida en el artículo 11 de la Ley Orgánica, la propia norma restringe expresamente los supuestos contemplados en dicho precepto en caso de encontrarnos ante el tratamiento de los datos mencionados en el artículo 7.3, del mismo modo que en el caso previsto en el artículo 7.2 únicamente posibilita el tratamiento o cesión de los datos previo consentimiento expreso y por escrito del afectado. Todo ello se funda en la especial naturaleza de dichos datos, directamente vinculados con la esfera más íntima del afectado.

Igualmente entiende que en el supuesto planteado no sería de aplicación la doctrina sostenida por la propia Agencia Española de Protección de Datos, en su informe de 11 de agosto de 2003, referida al supuesto de valoración o curación de los daños causados al perjudicado no asegurado en el caso de existir seguro de responsabilidad civil, en que la comunicación de los datos a la entidad aseguradora se encuentra habilitada por las normas contenidas en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que imponen a las entidades aseguradoras el deber de constitución de las correspondientes provisiones técnicas para la cobertura del siniestro, debiendo conservar toda la información exigible para la constitución de las provisiones a disposición de la Dirección General de Seguros. Por el contrario, en el caso de perjudicado asegurado, que es el caso que analiza este informe 449/2004, dado que las provisiones mencionadas son constituidas con base en la realización de cálculos actuariales, no es precisa la obtención de la información referida a cada siniestro (cada acto médico realizado), ni dicha información ha de encontrarse a disposición de la Dirección General de Seguros, por lo que la comunicación de los datos deberá contar con el consentimiento del interesado.

De todo lo expuesto hasta el momento, puede observarse la relevancia que tiene la historia clínica como documento médico-legal susceptible de ser utilizado con diferentes finalidades. Sarrato Martínez, reconoce que sin embargo existen cuestiones jurídicas pendientes de ser clarificadas y que deberían ser reguladas con mayor rigor y precisión. Incidiendo en que el acceso a los datos de salud es un tema especialmente sensible, que exige tener muy presentes determinados aspectos, como el derecho a la intimidad de los pacientes, la confidencialidad de la información sanitaria, etc., pero también que el acceso a la historia clínica no sea indebidamente negado a quien está legitimado para ello. Se hace necesario, como dice el mencionado autor, dejar la exposición teórica y bajar a la realidad de cada día y ello para comprobar cómo todo lo que hemos expuesto hasta ahora no responde a una simple elucubración alejada de la práctica, y ello es precisamente lo que haremos a continuación, analizar los distintos casos que se dan en el día a día del ejercicio de nuestra profesión, al objeto de conjugar las compatibilidades entre el derecho de defensa y la protección de datos en materia de responsabilidad civil.

## 2.- La comunicación de datos relativos a accidentes de tráfico a las compañías aseguradoras o a los abogados defensores de los implicados en ellos

Esta cuestión ha sido resuelta por la Agencia Española de Protección de Datos en su informe de 4 de marzo de 2009 que resuelve la consulta planteada sobre la posibilidad de que, por la Policía Local, puedan ser transmitidos a las compañías aseguradoras o particulares interesados copia de los atestados realizados y los datos contenidos en las diligencias practicadas cuando se produce un accidente de circulación.

Teniendo en cuenta que en los atestados de la Policía Local o de la Guardia Civil constan o pueden constar datos de diversas personas implicadas en el accidente, debe indicarse, con carácter general, que dicha comunicación de datos constituye, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 i) de la LOPD, una cesión de datos de carácter personal, definida como “Toda revelación de datos efectuada a persona distinta del interesado”. El artículo 11.1 de la LOPD establece que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, quedando exceptuado el consentimiento en aquéllos casos en que así lo prevea una Ley, de conformidad con lo previsto en el número 2 letra a del mismo artículo.

Al objeto de determinar la existencia de una ley que ampare la cesión de datos objeto de esta cuestión, debe diferenciarse la comunicación de datos a las compañías aseguradoras de la comunicación a los particulares, por fundamentarse ambas en diferentes preceptos legales.

Comenzando por la cesión de datos a la compañía aseguradora, el criterio de la AEPD ha sido puesto de manifiesto en la Resolución de 11 de agosto de 2003 (confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2005), en la que se señalaba lo siguiente: “La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, incluye en su “Sección 3ª: Obligaciones y deberes de las partes”, el artículo 18 que establece: “El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en

su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo considera, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado”. De dicho precepto se desprende que el asegurador tiene la obligación legal de realizar las investigaciones y peritaciones precisas tanto respecto de la existencia del siniestro, como sobre el importe de los daños si estos se hubieran producido.

Esta obligación tiene una conexión directa con otra obligación de orden legal como es la de satisfacer la indemnización al término de aquellas investigaciones y peritaciones. A su vez, esta última exigencia legal aparece reforzada en la propia norma al imponer al asegurador, en cualquier supuesto, la obligación de efectuar, en un plazo máximo desde la recepción de la declaración del siniestro, el pago de un importe mínimo de lo que se pueda deber, según las circunstancias por él conocidas.

De otro lado, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de seguros privados, impone a las entidades aseguradoras “la obligación de constituir y mantener en todo momento provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades” (artículo 16.1). En el cálculo de las provisiones técnicas, entendidas éstas como el importe de las obligaciones asumidas por las entidades aseguradoras y reaseguradoras derivadas de los contratos de seguro directo y reaseguro suscritos, existe una parte de las aludidas obligaciones que está en relación con la cuantía de las obligaciones derivadas del pago de la indemnización, que aparece como la principal de las obligaciones de la entidad aseguradora una vez que ha tenido lugar el siniestro. En concreto la provisión de prestaciones recoge el importe total de las obligaciones pendientes del asegurador derivado de siniestros ocurridos con anterioridad a la fecha de cierre del ejercicio.

En la cobertura de un seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho, con la particularidad de que al tercer perjudicado, ajeno a la relación contractual establecida entre el asegurado y el asegurador, se le concede por ley, en concreto por el artículo 76 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la posibilidad de acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. En este caso la valoración de los daños se refiere a los datos aportados por un tercero ajeno a la relación comercial, pero sin los cuales no es posible conocer el montante de la indemnización y en su caso la parte correspondiente a las provisiones técnicas. El desconocimiento de estos datos hace también imposible el cumplimiento de la obligación por parte de la entidad aseguradora.

Por otra parte, y en relación con los datos aludidos anteriormente, las entidades aseguradoras deben llevar un libro de siniestros en los términos establecidos en el artículo 65 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el que deberá constar entre otros datos la valoración inicial consignada y los pagos que se han hecho en relación con el mismo. Para poder determinar el importe de tales conceptos se hará

de nuevo mención a datos que no se corresponden a ninguna de las partes que aparecen en el contrato de seguro, sino a los datos del tercer perjudicado y de los daños sufridos por éste, debidamente probados.

Las citadas obligaciones se complementan con las derivadas del control de las entidades aseguradoras. Así, los artículos 70 a 72 de la misma Ley establecen las competencias del Ministerio de Economía en el control de las entidades aseguradoras previendo específicamente que “el control financiero consistirá, en particular, en la comprobación del conjunto de actividades de la entidad aseguradora, del estado de solvencia y de la constitución de provisiones técnicas...” (artículo 71.2) y las sujetan a la Inspección de Seguros (artículo 72.1).

A tal efecto, los Inspectores de Seguros en el ejercicio de sus funciones comprobarán toda la documentación necesaria para verificar la solvencia técnico-financiera de las entidades aseguradoras sometidas a su supervisión, para lo cual solicitarán de las mismas toda la documentación que acredite los cálculos a los que llega la entidad, como determina el artículo 72 de la Ley. Entre estos documentos se encuentran aquellos en los que se base la entidad para el cálculo de la cuantía de las indemnizaciones, como pueden ser los informes médicos cuando el siniestro de lugar a daños personales.

Es por tanto necesario para la Inspección de Seguros tener acceso a los datos del tercer perjudicado para poder dar cumplimiento a las obligaciones de supervisión que tiene asignadas y garantizar que la empresa tiene la solvencia necesaria para afrontar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por contrato de seguro.

En definitiva, toda información podrá ser requerida por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el ejercicio de sus labores de supervisión como así lo dispone el artículo 71.4 de la Ley, de manera que la falta de remisión de la misma podrá ser considerada como infracción muy grave, grave o leve en los términos establecidos en el artículo 40 de la Ley pudiendo dar lugar a la imposición de sanciones administrativas.

De todo lo expuesto se concluye que, tanto desde la perspectiva de las obligaciones del asegurador contenidas en la Ley 50/1980, como desde las derivadas de la Ley 30/1995, las entidades aseguradoras deben recabar y conservar, en su caso, información relativa a la salud de los terceros que deban ser indemnizados como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil. De ahí que debe entenderse que concurren las excepciones al tratamiento de tales datos sin consentimiento del afectado previstas en los artículos 6.1, 7.3 y 11.2.a) de la LOPD.” La aplicación al presente supuesto de lo anteriormente señalado implica que, no será preciso el consentimiento de los interesados para que puedan cederse los datos relativos a los accidentes de tráfico por la policía local a las compañías aseguradoras, ya que las normas legales examinadas, Ley 50/1980 del Contrato de Seguro y, en la actualidad, el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, que deroga la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de seguros privados, ampararían la cesión inconsentida, tal y como dispone 11.2.a) de la LOPD, en cuanto, como se señala en la Resolución transcrita, dichas compañías deben recabar y conservar la información necesaria en relación con la indemnización que debe abonarse a terceros como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil.

En segundo lugar, se plantea si resulta posible la cesión de los datos referidos al accidente de tráfico a los particulares o a sus representantes legales -los abogados defensores de los implicados en ellos-, por lo que igualmente debe examinarse si existe una norma que ampare la cesión de los datos sin consentimiento de los afectados, y en este sentido, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro establece que “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.”

De la misma manera, el artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, dispone que “el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado, o sus herederos, tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente Ley. Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por éste en su persona y en sus bienes.”

A la vista de los preceptos transcritos, cabe considerar que la comunicación a la que se refiere la consulta se encontraría habilitada por lo dispuesto en el artículo 11.2.a de la LOPD sin precisar el consentimiento del afectado, dado que existen dos normas con rango de Ley que dan cobertura al acceso por el particular a los datos necesarios para exigir, mediante el ejercicio de una acción directa, el abono de la indemnización que proceda.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el artículo 11.2 c) de la LOPD considera que el consentimiento del afectado no es necesario cuando la cesión “responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”

Teniendo en cuenta que, como consecuencia de la producción del siniestro, se genera una relación jurídica entre la compañía aseguradora del causante del daño y el perjudicado, de la que, de una parte, resulta la obligación de aquélla de pagar la indemnización derivada de los daños causados por el siniestro y de otra, otorga al perjudicado una acción directa contra la compañía aseguradora para exigir el pago de dicha indemnización, las cesiones de datos objeto de consulta resultan igualmente amparadas por lo previsto en el artículo 11.2.c) de la LOPD.”

### **3.- Qué datos que pueden comunicarse a través del atestado de la Policía Local o Guardia Civil, además de los datos relativos al nombre y DNI de todos los implicados.**

A este respecto, debe tomarse en consideración el informe 411/2010 de la AEPD, el cual deja claro que no solamente los datos relativos a nombre y DNI de los implicados tienen el carácter de datos personales, sino que éste concepto se extiende a otros datos que pudieran estar contenidos en dicho documento. En este sentido, el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, define los datos personales como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, precisando el artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que constituye un dato de carácter personal “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”

Para determinar qué información, de la contenida en el fichero al que pertenece el documento al que hace referencia la consulta, debe facilitarse habrá que estar al caso concreto, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.

Quiere ello decir, que la comunicación de datos deberá limitarse a los datos que sean necesarios, en cada caso, en relación con las finalidades que, como se ha señalado en la primera parte de este informe, justifican y habilitan dicha comunicación, sin que, con los datos facilitados en la consulta a la que responde la AEPD, pueda determinarse si la entrega del documento al que se hace referencia es conforme a los principios contenidos en la Ley Orgánica 15/1999. Por tanto, aquí si podría haber algún conflicto por la existencia, o no, de proporcionalidad en los datos facilitados por la Policía Local o Guardia Civil al facilitar una copia del atestado.

### **4.- La utilización del correo electrónico como medio de recepción y de remisión de la documentación solicitada por las compañías aseguradoras.**

Esta posibilidad es también analizada en el informe 411/2010 de la AEPD, argumentando que en lo que se refiere a comunicaciones electrónicas, es preciso estar a lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, cuyo artículo 27 establece lo siguiente:

“1. Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, excepto en aquellos casos en los que de una norma con rango de Ley se establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico. La opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido.

2. Las Administraciones Públicas utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente. La

solicitud y el consentimiento podrán, en todo caso, emitirse y recabarse por medios electrónicos.

3. Las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas.

4. Las Administraciones publicarán, en el correspondiente Diario Oficial y en la propia sede electrónica, aquellos medios electrónicos que los ciudadanos pueden utilizar en cada supuesto en el ejercicio de su derecho a comunicarse con ellas.”

Por consiguiente, para que el correo electrónico pueda ser utilizado como un medio de comunicación con los particulares, deberá haber sido así habilitado como tal por el Organismo en el que presta servicios el consultante, reuniendo los requisitos a que se refiere el artículo transcrito y demás señalados en la normativa de desarrollo de dicha Ley en relación con lo previsto, en cuanto a medidas de seguridad se refiere, en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

Respecto a la posibilidad de facilitar datos identificativos de los implicados en los accidentes a los abogados de las compañías de seguros cuando así lo solicitan por vía telefónica, debe tenerse en cuenta que puede dar lugar a una cesión de datos a personas carentes de la habilitación legal a que se ha hecho referencia en la primera parte de este informe, debiendo tenerse en cuenta, además, que en todo caso será precisa la acreditación de la representación que ostenta quien efectúa la llamada.

En este sentido, la AEPD ha señalado la posibilidad de facilitar datos por vía telefónica cuando el sistema utilizado para acreditar la identidad de la persona que llama impida que terceras personas no autorizadas puedan acceder a la información referida al afectado, procedimientos que normalmente exigen la existencia de una clave de acceso como mecanismo de identificación del interesado.

En el presente supuesto, habrá que estar igualmente a si el Organismo en el que presta servicios el consultante ha habilitado, con carácter general, un procedimiento de acreditación que permita, con la utilización de las claves que se establezcan y guardando las debidas medidas de seguridad, facilitar datos personales por esta vía. Por tanto, a día de hoy no se puede usar este medio en la mayoría de los casos.

#### **5.- Acceso total o parcial a la Historia Clínica con fines judiciales**

La Agencia Española de Protección de Datos, tal y como expone Cristina Gómez Piqueras, en su artículo “La historia clínica. Aspectos Conflictivos resueltos por la Agencia Española de Datos”, ya resolvió una consulta sobre si procedía la comunicación a la autoridad judicial de los datos contenidos en la historia clínica que sean solicitados por la misma para su aportación a un proceso o si, por el contrario, es posible oponerse total o parcialmente a dicha aportación, solicitándose del Órgano Jurisdiccional la concreción de los datos que efectivamente son de necesaria aportación,

en caso de considerarse por el centro sanitario que la solicitud es genérica. De lo dispuesto en la LOPD se desprende que, con carácter general, siempre que una autoridad judicial considere necesaria la aportación de datos contenidos en una historia clínica, en los términos que el propio Órgano determine, será necesario aportar dichos documentos, pudiendo resultar la decisión de la entidad que se niegue a facilitarlos, o decida facilitarlos parcialmente, contraria a lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución, a cuyo tenor: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

Por tanto, estamos ante una cuestión delicada, siendo en ejemplo que la propia Agencia Española de Protección de Datos inició un procedimiento de declaración de Infracción de Administraciones Públicas a un Hospital de la Comunidad Autónoma Andaluza, al entender que había cedido datos de historias clínicas de pacientes del servicio de ginecología del citado Hospital que no eran necesarios, ya que el órgano jurisdiccional no las había solicitado. En el último Fundamento de Derecho de la Resolución archivando las actuaciones se indica: «Entrando en el fondo de los hechos denunciados, esto es, si la presentación de documentos de derivación de pacientes procedentes del Distrito de Atención Primaria y reclamaciones del pacientes como parte de la defensa del Hospital Costa del Sol vulnera el secreto profesional y la intimidad de dichos pacientes, se plantea una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la protección de datos de carácter personal, derivado del artículo 18 de la Constitución y consagrado como derecho autónomo e informador del texto constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, por un lado; y el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, contenido en el artículo 24 de la Constitución, lo que implica para su efectividad la asistencia letrada y representación procesal. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, este derecho «comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa». En el supuesto examinado, se produce una colisión conexas con el derecho al secreto profesional tutelado en el artículo 24.2 de la Norma Fundamental. »

Para resolver esta cuestión, debe indicarse que, en primer lugar, la propia Ley Orgánica 15/1999 permite establecer los límites para la exigencia del consentimiento, dado que su artículo 6.1 exige, como regla general, el consentimiento para el tratamiento de los datos «salvo que la Ley disponga otra cosa». (No olvidemos que el tratamiento de datos, de acuerdo con la definición recogida en el artículo 3.c) de la LOPD también puede suponer la cesión de los datos). A la vista de este precepto, el legislador ha creado un sistema en que el derecho a la protección de datos de carácter personal cede en aquellos supuestos en que el propio legislador (constitucional u ordinario) haya considerado la existencia de motivos razonados y fundados que justifiquen la necesidad del tratamiento de los, datos incorporando dichos supuestos a normas de, al menos, el mismo rango que la que regula la materia protegida.

En efecto, la exigibilidad del consentimiento de los pacientes para el tratamiento de sus datos supondría dejar a disposición de aquél el almacenamiento de la información necesaria para que el denunciado pueda ejercer, en plenitud, su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, la falta de estos datos o su comunicación a la contraparte, puede implicar, lógicamente, una merma en la posibilidad de aportación por el interesado de

«los medios de prueba pertinentes para su defensa», vulnerándose otra de las garantías derivadas del citado derecho a la tutela efectiva y coartándose la posibilidad de obtener el pleno desenvolvimiento de este derecho. Tal y como sostiene reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio, con cita de otras muchas): «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.»

Pues bien, aplicando la doctrina antedicha al supuesto concreto, debería darse una prevalencia al derecho consagrado por el artículo 24 de la Constitución, que garantiza a los ciudadanos la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, en los términos expuestos. Por ello, la AEPD archivó las actuaciones contra el hospital malagueño, indicando expresamente en su resolución: «El Hospital Costa del Sol propuso la práctica de prueba documental (documentos de derivación de pacientes procedentes del Distrito de Atención Primaria y reclamaciones de pacientes) que, a su juicio, evidenciaban la deficiente prestación del servicio del Dr. XXX. Dicha práctica de prueba no fue impugnada por la representación legal del Dr. XXX y fue admitida por el Juzgado, por lo que se presume que el órgano judicial debió considerar conveniente e imprescindible que la documentación aportada no se dissociara. Asimismo, habiéndose producido en el presente procedimiento Resolución del Juzgado de Instrucción número 8 de Málaga, al objeto de salvaguardar la prejudicialidad derivada de la intervención de un órgano judicial y respetar, en su caso, la prevalencia de la valoración judicial de los hechos, tal como impone el artículo 137.2 de la Ley 30/1992, procede declarar que no existe responsabilidad del Hospital Costa del Sol por los hechos denunciados.»

Por tanto, no hay inconveniente en mantener un criterio amplio, salvo el caso de solicitar unos documentos concretos y específicos de la historia clínica. No obstante, en el Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario del Servicio Madrileño de Salud figura la siguiente consulta: Se ha recibido en una Gerencia de Atención Primaria un oficio del Juzgado de lo Social, solicitando el historial médico completo de una usuaria para presentarlo en el juicio por una demanda al INSS y a Asepeyo Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. ¿Se le puede mandar al Juzgado la copia del historial completo, o como indica la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en el artículo 16-3: “el acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso”.

El criterio general aparece recogido en el art. 16. 3. de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde se establece el acceso a la historia clínica con fines judiciales, que exceptúa de la obligación general de anonimización a los “supuestos de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. Hay por lo tanto una obligación de colaboración con la Administración de justicia.

Por otra parte la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el art. 11. 2. d) referido a Comunicación de datos excepciona de la regla general del consentimiento del interesado los supuestos en que “la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario... Jueces o Tribunales... en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas”. Dicho lo anterior, el criterio general es el de la proporcionalidad, esto es, debe aportarse al juzgado que lo solicite aquello que sea imprescindible para resolver el asunto de que se trate, ya que en la historia clínica pueden además haber datos incorporados no relacionados con el asunto y cuyo conocimiento no sería preciso por la autoridad judicial.

En consecuencia, lo recomendable sería aportar al juzgado solicitante aquellos datos de la historia clínica relacionados con el proceso de que se trate, haciendo notar que se ampliará la información en caso de que la autoridad judicial así lo determine. Si la solicitud efectivamente se refiriera a la historia clínica completa, como se dice en la consulta, habría dos alternativas, o enviarla efectivamente advirtiendo a la autoridad judicial que el envío del historial clínico completo puede contener anotaciones confidenciales del paciente, quedando a criterio de la autoridad judicial su utilización en el procedimiento, o por el contrario solicitar del juzgado información adicional que permita determinar qué partes de dicha historia serían necesarias para el procedimiento.

#### **6.- Limitaciones de acceso a las anotaciones subjetivas obrantes en las Historias Clínicas**

La Agencia Española de Protección de Datos ha resuelto numerosos procedimientos de Tutelas de Derechos consecuencia de no haber facilitado al reclamante su historia clínica o la de la persona fallecida con la que le unían relaciones familiares o de hecho. En un procedimiento en el que una señora solicitaba a un psiquiatra su historia clínica, éste argumentó que dada la patología de la solicitante y el contenido de sus anotaciones y diagnóstico, estimaba que sería contraproducente para su estado de salud facilitarle tal documentación. La Tutela de Derechos se resolvió estimando la reclamación de la paciente e instando al facultativo a que facilitara la historia clínica, a excepción de sus anotaciones subjetivas, pero sin matizar el alcance de las mismas.

En una entrevista realizada por Diario Médico al que fuera en su día Director de la Agencia Española de Protección de Datos, éste señaló, acerca de las anotaciones subjetivas, lo siguiente: «Como regla general, es el propio profesional de la medicina el que debe poner todos los medios a su alcance para favorecer la objetivación, en la medida de lo posible, de las anotaciones subjetivas... Por lo demás, corresponde a los centros sanitarios la regulación del procedimiento que garantice este derecho, con pleno respeto del principio de proporcionalidad... Los profesionales de la salud y los centros sanitarios deben esforzarse en delimitar claramente los aspectos subjetivos -derivados de apreciaciones meramente personales y no sustentadas objetivamente en datos clínicos- del resto de la información obrante en el historial médico del paciente, sin menoscabo de la integridad de dicho historial. La determinación de estas anotaciones subjetivas no puede conducir a la extensión indebida del derecho de reserva del médico, dado que dicha práctica, además de suponer una excepción del derecho de acceso a la historia clínica, podría impedir el conocimiento por el afectado de determinados datos que han influido sustancialmente en el diagnóstico y tratamiento médicos.»

La posibilidad de realizar anotaciones subjetivas permite al profesional sanitario que sus comentarios o impresiones personales, que puede reflejar en la historia en un momento determinado, queden excluidos de ese derecho de acceso, comentarios que tienen trascendencia clínica ya que de otra manera no deberían incorporarse a la historia clínica, y que si podrían ser consultados por otros médicos que atiendan al paciente. También este caso es analizado en el Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario del Servicio Madrileño de Salud, donde se ha valorado si en casos de pacientes fallecidos, y cuando la familia pide copia de la historia clínica, se deben entregar las copias de los datos evolutivos médicos y de enfermería. Se plantea la duda de si se trata de documentos con comentarios subjetivos que la ley 41 no obliga a dar, además de por ser de propiedad intelectual, salvo que la persona que lo ha escrito dé la autorización.

Cuando un familiar de un fallecido reclama copia de la historia clínica, ha de tenerse en cuenta que se trata de datos protegidos que pueden afectar, en principio, al derecho fundamental a la intimidad establecido en la constitución y que, en cuanto tales, pueden no ser transmisibles a terceras personas. En cuanto a este tema la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y deberes en materia de información y documentación clínica, dispone que los centros sanitarios sólo facilitarían el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a los mismos, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En relación a esta cuestión relativa al tratamiento de las anotaciones subjetivas, hay que tener en cuenta, según el anteriormente mencionado Manual del Servicio Madrileño de Salud, lo siguiente:

A) El artículo 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone, en relación con las anotaciones subjetivas, lo siguiente: “El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

B) Por lo tanto, las anotaciones subjetivas quedan excluidas del derecho de acceso a la historia clínica por parte del paciente.

C) En caso de reclamación o denuncia, al no ofrecer la citada ley básica criterio alguno, serían en última instancia los tribunales quienes determinarían caso a caso el proceder correcto.

D) Por último, como aportación para intentar la solución de un posible conflicto, se puede citar lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica en la Comunidad de Castilla y León, que dispone lo siguiente: “Al paciente o usuario no se le facilitará el acceso a aquella información que conste en su historia clínica referida a datos aportados por terceras personas, recogidos en interés terapéutico del propio paciente o usuario, ni las anotaciones subjetivas de los profesionales, salvo que aporte la autorización expresa de esas terceras personas o los profesionales no opongan la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

### 7.- Acceso a la historia clínica por compañías aseguradoras

En el ámbito de la actividad aseguradora, el Subdirector General de Inspección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos, Jesús Rubí Navarrete, analizaba en su artículo “El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos”, la Resolución de la AEPD de 11 de agosto de 2003, de la que ya hablamos en la introducción, la cual abordó situaciones complejas como es la de si es o no posible el tratamiento de los datos de salud de la víctima de un siniestro, sin su consentimiento, a efectos de las obligaciones inherentes a la entidad aseguradora de responsabilidad civil de vehículos automóviles. Para ello se tiene en cuenta que el artículo 11.1 de la LOPD establece que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, quedando exceptuado el consentimiento en aquéllos casos en que así lo prevea una Ley, de conformidad con lo previsto en el número 2 letra a del mismo artículo.

Al objeto de determinar la existencia de una ley que ampare la cesión de datos a las aseguradora, realiza un estudio de la normativa de seguros, empezando por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la cual establece en el art. 18 que establece: "El asegurador está obligado a satisfacer indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo considera, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado." De dicho precepto se desprende que el asegurador tiene la obligación legal de realizar las investigaciones y peritaciones precisas tanto respecto de la existencia del siniestro como sobre el importe de los daños si estos se hubieran producido. Esta obligación tiene una conexión directa con otra obligación de orden legal como es la de satisfacer la indemnización al término de aquellas investigaciones y peritaciones. A su vez, esta última exigencia legal aparece reforzada en la propia norma al imponer al asegurador, en cualquier supuesto la obligación de efectuar, en un plazo máximo desde la recepción de la declaración del siniestro, el pago de un importe mínimo de lo que se pueda deber, según las circunstancias por él conocidas.

De otro lado, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de seguros privados, impone a las entidades aseguradoras "la obligación de constituir y mantener en todo momento provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades" (art. 16.1). En el cálculo de las provisiones técnicas, entendidas éstas como el importe de las obligaciones asumidas por las entidades aseguradoras y reaseguradoras derivadas de los contratos de seguro directo y reaseguro suscritos existe una parte de las aludidas que está en relación con la cuantía de las obligaciones derivadas del pago de la indemnización que aparece como la principal de las obligaciones de la entidad aseguradora una vez que ha tenido lugar el siniestro. En concreto la provisión de prestación recoge el importe total de las obligaciones pendientes del asegurador derivado del siniestro ocurrido con anterioridad a la fecha del cierre del ejercicio.

En la cobertura de un seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho, con la particularidad de que al tercer perjudicado, ajeno a la relación contractual establecida entre el asegurado y el asegurador se le concede por ley, en concreto por el art. 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la posibilidad de acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. En este caso la valoración de daños se refiere a los datos aportados por un tercero o a la relación comercial, pero sin los cuales no es posible conocer el montante de la indemnización y en su caso la parte correspondiente a las provisiones técnicas. El desconocimiento de estos datos hace también imposible el cumplimiento de la obligación por parte de la entidad aseguradora.

Por otra parte, y en relación con los datos aludidos anteriormente, las entidades aseguradoras deben llevar un libro de siniestros en los términos establecidos en el art. 65 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el que deberá constar entre otros datos la valoración inicial consignada y los pagos que se han hecho en relación con el mismo. Para poder determinar el importe de tales conceptos se hará de nuevo mención a datos que no se corresponden a ninguna de las partes que aparecen en el contrato de seguro, sino a los datos del tercer perjudicado y de los daños sufridos por éste debidamente probados. Las citadas obligaciones se complementan con la del control de las entidades aseguradoras. Así los arts. 70 a 72 de la misma Ley establecen las competencias del Ministerio de Economía en el control de las entidades aseguradoras previendo específicamente que "el control financiero consistirá, en particular, en la comprobación del conjunto de actividades de la entidad aseguradora, del estado de solvencia y de la de la constitución de provisiones técnicas..." (art. 71.2) y las sujetan a la Inspección de Seguros (art. 72.1). En definitiva, toda información podrá ser requerida por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el ejercicio de sus labores de supervisión como así lo dispone el art. 71.4 j de la Ley, de manera que la falta de remisión de la misma podrá ser considerada como infracción muy grave, grave o leve en los términos establecidos en el art. 40 de la Ley.

De todo lo expuesto se concluye que, tanto en base a la Ley 50/1980 como a la Ley 30/1995, las entidades aseguradoras deben recabar y conservar, en su caso, información relativa a la salud de los terceros que deban ser indemnizados como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil. De ahí que debe entenderse que concurren las excepciones al tratamiento de tales datos sin consentimiento del afectado previstas en los art. 6.1, 7.3 y 11.2.a) de la LOPD. No obstante debe señalarse, según Rubí Navarrete, que los arts. 4 y 5 de la misma Ley Orgánica regulan otros principios exigibles en el tratamiento de personales como son los de calidad de datos y de información respectivamente. Así mismo es preciso tener en cuenta que la exclusión del consentimiento por disponerlo una ley, no excluye, con carácter general, la vigencia de los principios contemplados en la LOPD. Por ello si bien será admisible el tratamiento de datos de salud, en los términos expuestos, sin el consentimiento del afectado, éste debe ser informado en los términos precisos del art. 5 de la LOPD, y el tratamiento de datos que se realice deberá ajustarse a las exigencias del art. 4 de dicha norma, y en particular al principio de finalidad.

También este supuesto es analizado en el Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario del Servicio Madrileño de Salud, donde se formulan diversas cuestiones: ¿La aseguradora, como pagador de la asistencia, tiene derecho a ver esas historias clínicas? ¿Sería necesario el consentimiento expreso de los titulares de las historias? Para resolver estas dudas hay que entender que existen diferentes relaciones. Una es la relación clínica entre el médico y el paciente; otra es la relación entre el asegurado y su compañía; y una última es la relación entre el centro sanitario y los profesionales sanitarios que trabajan en el mismo con la compañía de seguros.

Relación médico-paciente.- En la relación clínica médico-paciente, los datos sanitarios sólo pueden ser cedidos cuando así lo disponga una ley o el paciente consienta expresamente. Dado que en el presente caso no hay una ley específica, sólo es posible la cesión de datos con el consentimiento del paciente. Como es natural, el paciente-asegurado habrá dado dicho consentimiento en el momento de suscribir la correspondiente póliza o en su prórroga, pero esta relación, ajena a la relación médico-paciente, debe respetar lo dispuesto en las normas vigentes (ley 41/2002, de autonomía del paciente y Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos). La forma de solucionar el problema es sencilla: en el momento de realización del acto médico debería informarse al interesado de que los datos relacionados con dicha actuación serán comunicados a la entidad con la que el mismo tenga concertado el correspondiente seguro de asistencia sanitaria, de conformidad con el consentimiento previamente prestado en la póliza. La información podría facilitarse mediante la inclusión de una cláusula informativa en el correspondiente volante que haya de emplearse para la realización de la prestación sanitaria o en el resguardo que resulte de la utilización por el asegurado de la tarjeta a la que se refiere la consulta.

Relación asegurado-entidad aseguradora.- Se trata, como se ha dicho anteriormente, de una relación contractual legítima pero ajena a la relación médico-paciente, sin que haya términos hábiles en las normas vigentes para que se pueda exigir desde la misma los datos sanitarios de los pacientes. Sin embargo, puesto que la ley impone a la entidad aseguradora la obligación de satisfacer el gasto de asistencia sanitaria efectuado, la compañía tiene que conocer cuál será éste, dado que la asistencia se realiza generalmente por terceros ajenos a la propia entidad aseguradora. No obstante, ya ha quedado dicho como se debe solventar el problema.

Relación centro sanitario-entidad aseguradora.- Tampoco esta relación permite la cesión de datos, de conformidad con las normas vigentes. En todo caso, la comunicación de los datos deberá respetar el principio de proporcionalidad, por lo que no podrán ser comunicados, ni solicitados por la entidad aseguradora, más datos de los que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos para determinar el importe de la asistencia sanitaria que habrá de ser satisfecha por la aseguradora en virtud del contrato de seguro de asistencia médica.

Por último, en cuanto al acceso a la historia clínica por la compañía de seguros, hay que convenir que ésta no tiene un acceso “directo” a la información. Sin embargo, puede citarse en este punto el artículo 15, del Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica, de la Comunidad Autónoma de Galicia, que dispone: “A las compañías de aseguramiento privado sólo se les facilitarán aquellos datos de la historia clínica electrónica imprescindibles a efectos de facturación, con la finalidad de la justificación del gasto. Cualquier otra información clínica

solicitada por la compañía aseguradora requerirá el consentimiento expreso del/de la paciente”. Por lo tanto, correspondería a los centros sanitarios facilitar la citada información, siempre teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad, en los casos citados por la norma.

En idéntico sentido (en el de reconocer a las compañías de seguros un derecho de acceso no directo y en todo caso proporcionado) se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos, en su 526/2003 de la AEPD, de fecha 11 de agosto, admitiendo que no se exija el consentimiento en el caso de la cesión por los centros sanitarios públicos a las Compañías de Seguros de los datos relativos a la asistencia sanitaria prestada derivada de accidentes de tráfico, por entender que el tratamiento de datos de salud está habilitado legalmente sin el consentimiento del afectado, dado que las Compañías de Seguros son responsables del pago de la asistencia en aplicación de lo previsto por los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con dos matices: a) solo se pueden ceder los datos imprescindibles para la facturación, y b) no se prejuzga el criterio que deba seguirse en el caso de centros privados.

Sin embargo, como ya dijimos en la introducción, el Informe 449/2004 de la AEPD, entiende que no es admisible la comunicación de los datos como consecuencia de la existencia de una relación contractual que vincula al asegurado con la entidad aseguradora y a ésta con el centro sanitario o profesional, estimando la no aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 11.2 c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que habilita la cesión de los datos sin contar con el consentimiento del afectado “Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”. Para oponerse a esta cesión de datos sin consentimiento del asegurado, se basa en que en el caso que se analiza es distinto al de la resolución de 2003, dado que las provisiones técnicas que la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de seguros privados, impone a las entidades aseguradoras son constituidas con base en la realización de cálculos actuariales, no siendo precisa la obtención de la información referida a cada siniestro (cada acto médico realizado), ni dicha información ha de encontrarse a disposición de la Dirección General de Seguros, por lo que la comunicación de los datos deberá contar con el consentimiento del interesado.

#### **8.- Acceso a la historia clínica por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado**

Se plantea en este punto la cuestión de las peticiones de documentación clínica que no vienen directamente solicitadas por el juez, pues en principio la petición policial o de cualquier cuerpo y fuerza de seguridad deberá venir necesariamente autorizada por el órgano judicial correspondiente. Si bien hay excepciones, dado que la Policía adscrita a la Coordinación Judicial puede requerir, motivando y concretando los documentos de la historia clínica que le sean precisos para su investigación, al ser este un caso en el que la Policía actúa como comisionada.

En qué casos actúan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como comisionados y cómo

pueden acreditar tal carácter. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que se personan en los centros sanitarios para la asistencia sanitaria a personas detenidas, actúan como comisionados de los jueces, tribunales y fiscales. Sobre esta cuestión existen sendos pronunciamientos, tanto de la Agencia Española de Protección de Datos, como de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

Por lo que respecta a la Agencia Española de Protección de Datos, se transcribe la respuesta dada por la citada Agencia a la siguiente consulta: “Solicitudes de datos efectuadas por la Policía Judicial sin mandamiento judicial o previo requerimiento del Ministerio Fiscal. (Año 1999).

Se ha planteado por diversas empresas la posibilidad de acceder a solicitudes efectuadas por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ejerciendo funciones de Policía Judicial, cuando no existe un previo mandato del órgano jurisdiccional o requerimiento del Ministerio Fiscal para que se obtengan los datos, llevando a cabo la actuación por propia iniciativa o a instancia de su superior jerárquico.

En este caso nos encontramos ante el ejercicio por los efectivos de la Policía Judicial de funciones que, siéndoles expresamente reconocidas por sus disposiciones reguladoras, se identifican con las atribuidas, con carácter general, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que resultará aplicable a este segundo supuesto lo dispuesto en el artículo 22.2 de la LOPD, según el cual “la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad”.

El citado artículo habilita a los miembros de la Policía Judicial para la obtención y tratamiento de los datos requeridos, lo que llevará aparejada la procedencia de la cesión instada, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que quede debidamente acreditado que la obtención de los datos resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales y que, tratándose de datos especialmente protegidos, sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta.
- b) Que se trate de una petición concreta y específica, al no ser compatible con lo señalado anteriormente el ejercicio de solicitudes masivas de datos.
- c) Que la petición se efectúe con la debida motivación, que acredite su relación con los supuestos que se han expuesto.
- d) Que, en cumplimiento del artículo 22.4 de la LOPD, los datos sean cancelados “cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento”.

Con referencia a la última de las conclusiones señaladas, debe indicarse que, tratándose de actuaciones llevadas a cabo en el ámbito de las competencias consagradas en el apartado a) del artículo 445.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Policía Judicial

se encuentra obligada a dar cuenta de los hechos a la Autoridad Judicial y Fiscal de forma inmediata.

A mayor abundamiento, debe recordarse que, conforme dispone el artículo 11.2 d) de la LOPD, procederá la cesión si ésta “tiene por destinatario...al Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas”, lo que, conforme se ha señalado, ocurre en el presente supuesto, dada la obligación de los miembros de la Policía Judicial de poner los datos que hayan sido obtenidos en conocimiento de la Autoridad Judicial o Fiscal. Por ello, la cesión solicitada tendrá amparo no sólo en el artículo 22.2 de la LOPD, sino también en el propio artículo 11.2 d) de la misma, siendo en consecuencia conforme a la LOPD el cumplimiento de la cesión solicitada.

Por su parte la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, con idéntico criterio, responde a la siguiente consulta: ¿Es posible la cesión de datos de una serie de personas atendida en un Centro de Salud a la Unidad Central de Información Exterior de la Dirección General de la Policía? Tal y como establece el artículo 22.2 y 3 LOPD, la recogida y tratamiento de datos de carácter personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad para fines policiales se realizará sin consentimiento de las personas afectadas siempre que obedezcan a dos finalidades, como son, la prevención de un peligro real para la seguridad pública o la represión de infracciones penales.

Esta finalidad deriva de la actividad de investigación policial reconocida a las fuerzas y cuerpos de seguridad en la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en concreto en lo previsto en el artículo 11.1 que establece que: “Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: ... f) Prevenir la comisión de actos delictivos. g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.

Dichas funciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.2, serán desempeñadas por el Cuerpo Nacional de Policía en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine. La Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial. Se entiende por tanto que, con carácter general, la investigación policial requiere de actuación urgente y rápida, y es por ello, que el gestor del Centro de Salud no puede entrar en una valoración y análisis de la petición de datos concretos, sino únicamente en comprobar que el solicitante acredita pertenecer a las fuerzas y cuerpos de seguridad y en que quede constancia de la petición policial.

A la vista de la regulación anterior, la cesión de los datos solicitados por parte de la Dirección General de la Policía podrían tener amparo legal y sería conforme con la LOPD, siempre y cuando quedara debidamente señalado que la obtención de los resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, y tratándose de datos especialmente protegidos

como los de salud, que fueran absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta, nunca en el caso en que la petición sea totalmente genérica”.

### 9.- Peticiones de historia clínica de los hijos por parte de cónyuges separados o divorciados

Analizamos en este apartado el supuesto de cuando un padre divorciado dirige una petición al centro sanitario solicitando la copia íntegra de la historia clínica de un hijo suyo, en el caso de que la custodia la tenga la madre y la patria potestad esté compartida.

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. La Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, ha introducido importantes cambios en cuanto a la guarda y custodia y la patria potestad de los hijos. No es lo mismo la guarda y custodia que patria potestad. Lo normal es que la patria potestad se conceda a ambos y sólo se priva de ellos en casos extremos (malos tratos, no prestación de alimentos, etc.). Los cónyuges pueden acordar por convenio, o el Juez decidir, en su caso, que el ejercicio de la patria potestad se atribuya a uno sólo de los cónyuges o a ambos de forma compartida. En este último supuesto se trataría de la figura de la patria potestad compartida.

Esquemáticamente, los derechos y obligaciones de los progenitores respecto a los hijos serían los siguientes, en función de su condición:

Con custodia de los hijos:

A) Derechos: 1.-El disfrute diario de los hijos. 2.-Tomar las decisiones que afectan a los niños en el día a día. 3.-Administrar sus bienes y la pensión alimenticia. B) Obligaciones: 1.-Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesarios. 2.-Facilitar el cumplimiento del régimen de visitas. 3.-Informar al otro progenitor de las incidencias importantes que le sucedan al menor.

Sin custodia (pero con patria potestad):

A) Derechos: 1.-Disfrutar del régimen de visitas acordado. 2.-Ser informado de todas las incidencias importantes. 3.-Ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario. 4.-Acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento. B) Obligaciones: 1.-Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador. 2.-Velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

En el presente supuesto que analizamos nos encontramos ante la situación de patria potestad compartida y custodia a cargo de la madre, por lo que en primer lugar, debería ser la madre, la que, de forma voluntaria, ofreciera al padre de la menor la información solicitada sobre los aspectos relativos a su salud. Si ello no fuera así, y debidamente acreditada la situación mediante la aportación de la correspondiente sentencia, debe facilitarse al padre la información que solicita sobre el hijo sobre el que tiene patria potestad, no debiendo existir ningún problema al estar muy claros sus derechos.

### 10.- Acceso a la historia clínica de un paciente fallecido

En este supuesto también analizado en el Manual de Casos Prácticos del Área de Bioética y Derecho Sanitario del Servicio Madrileño de Salud, la compañía de seguros le reclama a una paciente copia íntegra de la historia clínica de su marido (fallecido de hepatitis C y portador, que no enfermo, de VIH). La paciente hizo la solicitud al centro de salud y se le entregó un informe emitido por el médico, en el que se especificaba la fecha del fallecimiento del paciente como consecuencia de una septicemia tras un trasplante hepático y la fecha del diagnóstico de la hepatitis C que ocasionó la cirrosis hepática (motivo del trasplante hepático).

La paciente aportó a la compañía de seguros el informe del médico junto con un informe clínico de alta del hospital donde estuvo ingresado el paciente, en el que constan de forma detallada: antecedentes personales, historia actual, exploración física, exploraciones complementarias, evolución y diagnósticos.

La compañía de seguros se dirige a la esposa del fallecido, e insiste en solicitar la historia clínica completa del paciente. Textualmente dice: “En la historia clínica aportada no constan todos los antecedentes. Es necesario remitir historia clínica completa donde consten las fechas de diagnóstico de todos los antecedentes”.

El médico supone que el hecho de que la compañía de seguros quiera tener acceso a toda la historia clínica puede ser debido a que quieren saber si la fecha del diagnóstico del VIH es anterior a la de formalización del seguro. Ellos (los del seguro), así se refiere textualmente a la aseguradora el mencionado Manual del Servicio Madrileño de Salud, no realizaron ninguna prueba ni reconocimiento, simplemente preguntaron si el paciente se había realizado alguna serología sobre el VIH, el paciente respondió que no, ocultando su condición de portador.

El médico elaboró el informe en función del Art. 18.3 de la Ley 41/2002, en el que se indica que los familiares tienen derecho a pedir copia de la historia, pero limitada a aquellos datos que sean relevantes para el caso. La condición de ser portador VIH se considera incluida en la esfera más íntima del ser humano, protegida por un derecho fundamental. Desde un punto de vista normativo, la cuestión consultada se encuentra regulada en el artículo 18.4, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y no, como se afirma en la consulta, en el apartado 3 del citado precepto. En concreto, el mencionado artículo 18.4 (Derechos de acceso a la historia clínica) dispone: “Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”.

Lo que le genera dudas al médico es la interpretación del artículo 18 de la Ley 41/2002, en el sentido de si tiene que facilitar una copia de toda la historia clínica del fallecido o la información se debe limitar a los datos pertinentes y que no afecten a la intimidad del fallecido (como puede ser la condición de ser portador de VIH). En cualquier caso

entendemos que la información se facilitaría exclusivamente a la esposa del paciente fallecido, ya que no existe anotación expresa en la historia clínica de que el paciente lo hubiese prohibido. Se trata, desde luego, de echar una pesada carga a los centros sanitarios y que sólo la ley puede establecer (todo ello, por supuesto, al margen de proporcionar el informe de alta).

¿Podría tener acceso la compañía aseguradora a esta información? Con carácter general puede decirse que en el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos, se ha planteado, entre otras, la cuestión relativa al acceso a la información por parte de parientes o familiares que hayan convivido con el paciente y que tengan la posibilidad de ser contagiados por la enfermedad que padeciera el difunto. En estos casos, más que de un derecho de acceso a la historia clínica, creemos que se trata de un problema de información, esto es, si el médico debe revelar las circunstancias de la enfermedad a las personas referidas. El mismo problema se presenta con las enfermedades hereditarias, estimándose que la solución debe pasar por las coordenadas del estado de necesidad, ponderando todos los bienes y valores en conflicto, incluido, desde luego, la gravedad de la enfermedad. Sobre este particular, la ley básica dispone que, en cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica, motivado por un riesgo para su salud, se limitará a los datos pertinentes (Art. 18.4 de la ley 41/2002).

En el caso analizado, al no encontrarse la esposa del paciente fallecido en ninguno de los supuestos previstos en el citado artículo (que la información afecte a la intimidad del fallecido, ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros) debe entregarse una copia de la historia clínica. No puede entenderse que la intimidad del fallecido impida el acceso de su mujer a la historia clínica por diversas razones: en primer lugar, se trata de un dato que la mujer, quizás, ya conozca; en segundo lugar, aunque no lo conociera, tiene derecho a conocerlo para proteger su salud; en tercer y último lugar, de acuerdo con lo establecido en la ley (18.4, ya citado) la mujer sería un “tercero” y, por tanto, tendría acceso por tal concepto a la historia clínica para evitar riesgos en su salud, dada la pertinencia del conocimiento en relación con los fines citados. Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que la ley no exige, a las personas que pueden tener acceso a la historia de un paciente fallecido, motivación o justificación alguna a la hora de realizar la petición.

A mayor abundamiento, al profesional sanitario le debe resultar indiferente la finalidad o el destino que el peticionario de la historia quiera dar a la misma, pues el médico no puede ser considerado como garante de una hipotética finalidad no prevista por el ordenamiento jurídico.

#### **11.- ¿Es posible la cesión de datos entre aseguradoras de un mismo riesgo? La sentencia del tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011**

Nos encontramos con un caso de especial relevancia en el ámbito de las aseguradoras, ya que en no pocas ocasiones se encuentran con la situación de sobreaseguro sobre un mismo riesgo, y que para esclarecer los hechos y fijar la cantidad a abonar por cada una, se comunican datos entre las compañías, datos que en ocasiones son de carácter personal, y que a veces cuentan con el consentimiento expreso del asegurado pero en otras el propio asegurado obstaculiza la labor de investigación. En el caso que nos ocupa, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, defiende la

primacía del Artículo. 32 de la Ley de Contrato de Seguro, sobre la protección de datos del asegurado, ya que entiende que constituye uno de los supuestos excepcionales en que se puede ceder datos de carácter personal de una persona, sin su consentimiento, y ello por entender que se encuentra amparado en el Artículo 11.2 de la LOPD.

El supuesto de hecho es la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 6 de junio de 2006, por la que se acordó el archivo del expediente sancionador incoado por denuncia de aquellos. La Sentencia recurrida sienta como punto de partida los hechos que dan origen a la resolución administrativa de archivo, concretándolos, sintéticamente, en los siguientes: La parte recurrente, presenta escrito de denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos manifestando que la aseguradora codemandada Mutua General de Seguros y la entidad Trenwick Internacional Ltd. se han intercambiado datos propios de carácter personal. También dicen, que Dkv Seguros (Previa) había cedido datos a Mutua General de Seguros. Al parecer, en el año 1994 el recurrente D. Augusto, había suscrito una póliza de vida y otra de enfermedad con la codemandada Mutua General de Seguros y en 1996, el mismo suscribe con Previa la póliza Mundisalud, más tarde el 2 de septiembre de 1997 la recurrente Dña. Sofía, esposa de D. Augusto suscribe con la codemandada Mutua General de Seguros la póliza Promedic que incluye los gastos de hospitalización y asistencia hospitalaria para ella, D. Augusto y sus hijas Dña. Amanda y Dña. Dulce. En el mes de agosto de 1999 D. Augusto y Dña. Sofía suscriben con Trenwick Internacional el denominado Plan Elite de Salud. Como hemos indicado D. Augusto que, había suscrito una póliza con Trenwick Internacional, para el cobro de determinados gastos médicos de la codemandada, él y su esposa enviaron, a la aseguradora codemandada Mutua General de Seguros por error, una carta dirigida a la entidad aseguradora Trenwick Internacional. El recurrente D. Augusto también había contratado una póliza con Previa, que, según su escrito, había puesto en conocimiento de la codemandada así como la forma de rescindir aquella póliza anterior. D. Augusto se realizó diversas pruebas médicas de odontología y radiología en las clínicas Mirave y Quirón de Barcelona en el mes de junio de 1996 y en septiembre de 2007 y ante la discrepancia sobre la naturaleza de la enfermedad que padecía entre Trenwick y él, se nombró un perito médico, el Dr. Víctor.

En definitiva se alega por la parte recurrente que se trata de un supuesto de cesión de datos de carácter personal, sin que medie el consentimiento necesario, que para ellos es trámite esencial para proceder a la cesión de datos de carácter personal, aunque puntualizan en su propio recurso que la regla general del consentimiento (artículo 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999 ) admite excepciones (artículo 11.2 ) y entre ellas el caso en que "la cesión está autorizada en una Ley" (artículo 11.2 a).

El Tribunal de instancia aborda la aplicación de la normativa al caso concreto, negando la existencia de infracción en los siguientes términos: "La cesión de datos personales, por tanto, para que pueda configurar el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.4.b) de la LO 15/1999 precisa que se haya realizado tal comunicación <<fuera de los casos en que estén permitidas>>, como sucede cuando es el propio titular de los datos el que ha comunicado datos o cuando una ley preste cobertura a dicha comunicación". Entiende la Audiencia Nacional que no constituye una cesión de datos, en los términos expuestos, la comunicación de datos a un médico, el Dr. Víctor, que ha de realizar un dictamen, y para cuya actuación, según consta en el expediente administrativo ha sido expresamente autorizado por el titular de los datos. Del mismo modo, al parecer del Tribunal de instancia las menciones que se hacen en el escrito de demanda sobre el

contenido de la querrela criminal que interpusieron las compañías demandadas a la parte actora y la documentación acompañada, en relación con los contactos mantenidos por las aseguradoras, resulta vago e impreciso y no pone de manifiesto con carácter concreto y específico qué datos personales han sido revelados por una a la otra aseguradora -ni el origen de los documentos aportados-, de los que no se tuviera ya conocimiento por las facturas remitidas por el propio titular de los datos, para el reembolso de gastos, ni que estuvieran a disposición del perito médico nombrado y cuya actuación, contaba con el consentimiento del afectado por lo que los datos, en relación con la codemandada Mutua General de Seguros y con la aseguradora Previaisa. Ciertamente, no puede haber cesión de datos personales cuando ya son conocidos por el destinatario de los mismos, ya sea a través de las propias comunicaciones del titular de los datos, ya sea por las conclusiones médicas a las que llega el profesional de la medicina encargado de dictaminar sobre las dolencias del recurrente, pues el artículo 3.i) de la Ley Orgánica 15/1999 define la cesión o comunicación de datos como <<toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado>>. Y no puede tener lugar una revelación cuando se parte de un conocimiento previo y anterior. Pero es que, además, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en el artículo 32 dispone que <<cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule. Si por dolo se omitiera esta comunicación, y en caso de sobreseguro se produjera el siniestro, los aseguradores no están obligados a pagar la indemnización. (...) Una vez producido el siniestro, el tomador del seguro o el asegurado deberá comunicarlo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16, a cada asegurador, con indicación del nombre de los demás. (...) Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. (...) Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores>>.

De modo que cuando los recurrentes suscriben diferentes pólizas de seguro con distintas aseguradoras cubriendo el mismo riesgo, la ley faculta a las compañías aseguradoras afectadas, en la medida precisa para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del citado artículo 32, para investigar, ante el incumplimiento de las obligaciones por el asegurado, la concurrencia de diferentes aseguradores que concurren sobre un mismo riesgo, al efecto de poder establecer el límite y proporción de la indemnización. En este sentido, la Sala ha declarado en varias ocasiones, en relación con la aplicación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la idoneidad de los mandatos en la citada ley para configurar las excepciones legales a las que se alude en la Ley Orgánica 15/1999. En este sentido se pronuncian igualmente las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de septiembre de 2004, de 21 de septiembre de 2005 y de 18 de enero de 2007. Por todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional entiende que procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el archivo de las actuaciones acordado por la Agencia Española de Protección de Datos, pues considera que el expresado archivo de actuaciones es conforme a derecho en relación con los hechos aducidos en la denuncia y las partes denunciadas ante la citada Agencia.

Disconforme los demandantes con la sentencia, preparan e interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que analiza de forma los dos motivos en los que se sostiene que se ha producido una cesión de datos sancionable, desde una perspectiva constitucional y en atención a la normativa de aplicación, es de reseñar como punto de partida que los recurrentes contrataron con diferentes entidades seguros de salud. Pues bien, sentado como punto de partida lo que se acaba de exponer y puesto todo ello en relación con la circunstancia que determina a la interposición de la querrela, mal cabe sostener una cesión de datos merecedora de sanción. Al parecer el recurrente incurre en vaguedad e imprecisión a la hora de expresar qué concretos datos personales han sido revelados entre las aseguradoras de los que no se tuviera previo conocimiento por las facturas por dicha parte remitidas y tampoco se especifica en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso de casación, cuales de los datos que sostiene revelados son conocidos por medio distinto a las facturas por ella remitidas. Pero es que además, según la Sala, no indica cuales de los datos que sostiene como intercambiados entre las aseguradoras y entre éstas y el médico Dr. Víctor no encuentran justificación en el incumplimiento de la obligación que le impone el artículo 32 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, precepto que implícitamente reconoce, ante una conducta contraria a la prevista en dicho precepto, una labor averiguadora por parte de las aseguradoras que evite la duplicidad de pagos por un mismo riesgo. En consecuencia el recurso es desestimado en su integridad, ya que por la parte recurrente no se ha conseguido probar de forma clara y exhaustiva la cesión de datos realizada por las compañías de seguros recurridas.

En el presente caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, coincide con la interpretación que realiza en el mismo caso su análoga de la Audiencia Nacional. De primeras parece un tema escabroso, ya que según lo denunciado por los asegurados, se produjo una cesión de datos de carácter personal, con la más alta protección que da la Ley de Protección de datos, al ser de carácter médico. Pero tras el estudio de los hechos, parece claro que se trataba de una situación de sobreseguro y lo que se pretendía por los recurrentes era el cobro de varias indemnizaciones por los mismos hechos, sin darle el derecho a las compañías a dividirse el pago de lo asegurado. La Sala, de manera acertada, entiende que no se produce una lesión a la intimidad ni una vulneración de la protección de datos de carácter personal, cuando una compañía investiga datos y situaciones de un asegurado con el fin único de conseguir delimitar y repartir al indemnización que le correspondería en aplicación de lo dispuesto en el art. 32 de La Ley de Contrato de Seguro. A pesar de tratarse de datos médicos de uno de los recurrentes, no han conseguido probar la vulneración señalada, ya que por contra a lo que inicialmente parecía, tal vulneración nunca sucedió y debido a un despiste de los recurrentes las compañías detectaron un posible sobreseguro.

Por último, conviene no confundir este supuesto resuelto por el Tribunal Supremo sobre cesión de datos entre aseguradoras de un mismo riesgo, con aquellos casos en los que las aseguradoras se ceden datos sin tener cubriendo riesgos diferentes. Me estoy refiriendo al supuesto en el que una aseguradora facilita a otra la factura de reparación del vehículo de su asegurado, al objeto de que esta última pueda acreditar la escasez de daños materiales y por tanto argumentar la supuesta no existencia de lesiones por tratarse una colisión a baja frecuencia. En este caso sería de aplicación el artículo 11.1 de la LOPD que, como tantas veces ya he dicho, establece que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del

cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, sin que pudiera quedar exceptuado en este caso el consentimiento porque así lo prevea una Ley, de conformidad con lo previsto en el número 2 letra a) del mismo artículo, dado que no es el caso, ni tampoco porque dicha cesión responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros, de conformidad con lo previsto en el número 2 letra c) del mismo artículo 11 de la LOPD, pues tampoco es el caso.

## 12.- Conclusiones

La AEPD recibe numerosas denuncias referidas a posibles vulneraciones de la normativa de protección de datos en la sanidad pública y privada. Si hoy realizamos una búsqueda en la página web de la Agencia, en el campo de Resoluciones e incluimos como criterio de búsqueda «datos de salud», y señalamos en el apartado «Resoluciones» nos indicará que un porcentaje considerable de las Resoluciones tratan temas relacionados con el tratamiento de datos de salud, lo que acredita la importancia y trascendencia que para nuestra sociedad tiene este asunto.

Tras un estudio detallado de esas Resoluciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos referidas a datos de salud, se comprueba que las situaciones que más se denuncian son dos: por un lado, un número elevado de Tutelas de Derecho tramitadas son consecuencia de la negativa, por parte de médicos y centros sanitarios, a entregar la historia clínica a los pacientes que lo solicitan (se adjunta como anexo la última resolución de la AEPD sobre este tipo de asuntos, en la que se impone al médico una sanción de 5.000 euros), pues se resisten a ello ante la posibilidad de que la historia clínica se utilice para denunciar al médico por mala praxis o negligencia, desconociendo que se trata de un derecho de los pacientes y que tiene solo las limitaciones reguladas: perjuicio de terceros y anotaciones subjetivas; y, por otro lado, se comprueba que se producen frecuentes vulneraciones del deber de secreto al entregar algún documento que forma parte de la historia clínica a una persona distinta del interesado sin su consentimiento, normalmente a una aseguradora o mutua de accidentes.

La vulneración del deber de secreto es consecuencia, según Gómez Piqueras, de la falta de conciencia de protección de datos, es decir, no somos conscientes de los perjuicios que se pueden ocasionar como consecuencia de no mantener ese deber de secreto en nuestra actuación diaria. Sin darnos cuenta comentamos asuntos que conocemos en el desempeño de nuestro trabajo, facilitando datos personales, o no ponemos atención a la hora de destruir determinados documentos que contienen datos personales. Se entregan certificados de ingreso de pacientes a personas que lo solicitan sin cerciorarse de la relación que tienen con el paciente y conteniendo datos excesivos. No es necesario que se indique que un paciente está ingresado en el Servicio de Psiquiatría o en la Unidad de Infecciosos, además se debería solicitar el consentimiento a la persona ingresada para facilitar dichos certificados, y si no es posible que el paciente dé el consentimiento, que recoja los menos datos posibles, tal y como ha resuelto la AEPD en numerosas ocasiones.

### Bibliografía

- Antomás Osés, Javier y Huarte del Barrio, Susana. “Confidencialidad e historia clínica: Consideraciones ético-legales”. Anales del sistema sanitario de Navarra, Vol. 34, N°. 1, 2011, págs. 73-82.
- Gómez Piqueras, Cristina. “La historia clínica. Aspectos Conflictivos resueltos por la Agencia Española de Datos”, dentro del libro “El derecho a la protección de datos en la historia clínica y la receta electrónica” publicado conjuntamente por la Editorial Thomson Reuters y la Agencia Española de Protección de Datos. 2009.
- López y García de la Serrana, Javier. "la aplicación de la ley de protección de datos en relación con el artículo 32 de la LCS. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-03-11”, publicado en el nº 6 del año 47 (2011) de la revista RC (Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro) que edita INESE.
- López y García de la Serrana, Javier. "Derecho de defensa y protección de datos". Editorial del nº 42 de la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, correspondiente al 2º Trimestre de 2012.
- Portero Lazcano, Guillermo. “Historia Clínica: Problemática sobre la propiedad”. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal. Junio 2002.
- Rubí Navarrete, Jesús. “El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos”. Cuadernos de derecho Judicial de la Editorial del Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial. Publicado en 2004.
- Sarrato Martínez, Luis. “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías”. Revista Jurídica de Castilla y León nº 17 2009.



Procedimiento Nº PS/00101/2012

**RESOLUCIÓN: R/01627/2012**

En el procedimiento sancionador PS/00101/2012, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos al **Dr. Don A.A.A.**, vista la denuncia presentada por Don **B.B.B.**, y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fechas 4 y 13 de enero de 2012, tuvieron entrada en esta Agencia escritos de Don **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante), en los que denuncia que Don **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciado) no ha cumplido el requerimiento del Director de esta AEPD, relativo a la Resolución de la tutela de derechos nº TD/00706/2010, por la que se estimaba su reclamación y se instaba al denunciado para que en el plazo de diez días facilitase el acceso a sus datos sanitarios contenidos en sus ficheros o, en su defecto, denegase motivada y fundamentadamente dicho acceso.

**SEGUNDO:** Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

- El reclamante, ahora denunciante, solicitó el acceso a sus datos sanitarios ante el Dr. Don **A.A.A.**.
- Se tramitó el correspondiente expediente de Tutela de Derechos TD/00706/2010, en el que, con fecha 7 de octubre de 2010, se resolvió:

*<<ESTIMAR la reclamación formulada por Don **B.B.B.** e instar a Don **A.A.A.** para que, en el plazo de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución, remita a la reclamante certificación en la que se facilite el acceso completo a sus datos, o deniegue motivada y fundamentadamente el acceso solicitado, pudiendo incurrir en su defecto en una de las infracciones previstas en el artículo 44 de la LOPD. Las actuaciones realizadas como consecuencia de la presente Resolución deberán ser comunicadas a esta Agencia en idéntico plazo.>>*

- Con fecha de 19 de noviembre de 2010, se publicó en el Boletín

Oficial del Estado la resolución por el que se procedía a la publicación oficial de Resoluciones de Tutelas de Derechos, ante la imposibilidad de notificación en domicilio; entre la relación de Tutelas publicadas aparece la TD/00706/2010

- Con fecha 21 de marzo de 2011, tuvo entrada en esta Agencia un nuevo escrito del reclamante señalando, que transcurrido el plazo de la resolución, no ha recibido ninguna comunicación de haber sido atendido del derecho de acceso.
- Con fecha 7 de abril de 2011, se envió un nuevo requerimiento al Dr. D. **A.A.A.**, para que procediese a realizar las actuaciones requeridas en dicha resolución, habiendo sido devuelta por el servicio de Correos con la anotación “ausente en reparto 14/04/11, 11:30. 15/04/11, 12:30”, según recoge el acuse de recibo, tras no haberse retirado de la oficina postal.
- Con fecha de 2 de noviembre de 2011 se publicó en el Boletín Oficial del Estado resolución por el que se hace pública la práctica de la notificación de requerimiento para el cumplimiento de la resolución de la TD 00706/2010
- Posteriormente, se recibió nuevo escrito del reclamante señalando que transcurrido el plazo de la resolución no ha recibido notificación alguna por parte de esa administración de diligencia y/o trámite alguno.

**TERCERO:** La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo), ha modificado en artículo 44, en su apartado 3 lo siguiente: « *Son infracciones graves: a) Proceder a la creación de ficheros de titularidad pública o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos, sin autorización de disposición general, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial correspondiente. 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. c) Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave. d) La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley. e) El impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. f) El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos no hayan sido recabados del propio interesado. g) El incumplimiento de los restantes deberes de notificación o requerimiento al afectado impuestos por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo. h) Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen. i) 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. j) La obstrucción al ejercicio de la función inspectora. k) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy*



grave..» (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

**CUARTO:** En fecha 2 de abril de 2012, se intentó la notificación del citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador al denunciado, por medio del servicio de correos, con el resultado de “Ausente en reparto”.

Se envió para su notificación el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador al denunciado, mediante su exposición en el Tablón de edictos del Ayuntamiento de Valencia. El edicto estuvo expuesto en el Tablón de edictos del Ayuntamiento de Madrid desde el 25 de abril al 15 de mayo de 2012. El 27 de abril de 2012 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, otorgándose al denunciado plazo para efectuar alegaciones a dicho acuerdo.

**QUINTO:** En fecha 2 de abril de 2012, el denunciante se personó como interesado en el presente procedimiento, solicitando que se imputasen más infracciones.

**SEXTO:** El artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, señala que:

*“El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado. En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el [artículo 16.1](#), la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los [artículos 18](#) y [19 del Reglamento](#).”*

## **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** Con fecha 7 de octubre de 2010, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, en la TD/00706/2010 resolvió:

*<<ESTIMAR la reclamación formulada por Don **B.B.B.** e instar a Don **A.A.A.** para que, en el plazo de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución, remita al reclamante certificación en la que se facilite el acceso completo a sus datos, o deniegue motivada y fundamentadamente el acceso solicitado, pudiendo incurrir en su defecto en una de las infracciones previstas en el artículo 44 de la LOPD. Las actuaciones realizadas como consecuencia de la presente Resolución deberán ser comunicadas a esta Agencia en idéntico plazo.>>*

**SEGUNDO:** El reclamante presentó nuevos escritos en esta Agencia indicando que no había sido atendido su derecho de acceso. Tampoco se han recibido las actuaciones realizadas por Don **A.A.A.** como consecuencia de la Resolución de la TD/00706/2010.

**TERCERO:** Con objeto de constatar el cumplimiento de lo requerido, por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se inició un Expediente de Actuaciones Previas de Investigación. De la información contenida en estas actuaciones de investigación se desprende que no consta que se haya contestado al reclamante y no consta que se haya atendido el requerimiento efectuado.

**CUARTO:** Con fecha 26 de marzo de 2012, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al Dr. *Don A.A.A.*, por presunta infracción del artículo 37.1.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13/12, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), que deriva en dos infracciones, una infracción grave del artículo 44.3. i) y una leve del artículo 44.2.a) ambas de la LOPD.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### I

Es competente para resolver este procedimiento el Director 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

Dispone el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en cuanto a la práctica de las notificaciones: *“ Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.”*

En el presente caso se han observado las prescripciones legales, tal como se ha señalado en los Antecedentes Cuarto y Quinto de la presente Resolución.

### III

El artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, dispone que *“El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiéndolo en todo caso por tal al inculpado. En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento.”*

De conformidad con lo expuesto, el acuerdo de iniciación correctamente notificado



podrá ser considerado directamente propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso a cerca de la responsabilidad imputada. Para ello son necesarios varios requisitos:

Que dicha posibilidad sea advertida expresamente al inculpado en la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento.

Que el acuerdo de iniciación cumpla todas las exigencias que sobre el contenido se exigen en el apartado primero del citado artículo.

Que el inculpado no presente alegaciones en plazo sobre el contenido de la iniciación.

Que como consecuencia de la instrucción no resulte modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponible o de las responsabilidades susceptibles de sanción.(Art. 16.3 del citado Real decreto)

La STS de 19 de diciembre de 2000 ( RJ 2001, 2617) recaída en recurso de casación en interés de ley, interpretando el artículo 13.2 del Real Decreto 320/1994 **por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial**, declara que basta que el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del boletín de denuncia que inicia el procedimiento, para que no sea preceptiva la notificación de la propuesta de resolución, ni necesario, en consecuencia, el trámite de audiencia, al servir el acuerdo de iniciación como propuesta de resolución.

En el presente caso, se han observado las prescripciones citadas al respecto, por lo que es conforme a derecho considerar el citado acuerdo de iniciación como propuesta de resolución.

#### IV

El artículo 37.1.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal señala que *"son funciones de la Agencia de Protección de Datos: a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos"*.

En el presente procedimiento sancionador ha quedado acreditado que el denunciado fue advertido en la Resolución de la Tutela de Derechos TD/00706/2010 de la obligación de atender el derecho de acceso ejercitado por el reclamante y de informar a esta Agencia de las actuaciones que había efectuado tendentes a cumplir ese requerimiento.

En la misma Resolución se le indicaba que si no cumplía lo requerido se le podría sancionar de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la LOPD.

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se inició un Expediente de Actuaciones Previas de Investigación con objeto de constatar el cumplimiento de lo requerido. Del contenido de estas actuaciones previas de investigación

se desprende que no consta que el denunciado haya adoptado las medidas solicitadas y no consta que se haya atendido el requerimiento efectuado, en la resolución de 18 de mayo de 2011, del Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

## V

El artículo 44.3.i) de la LOPD considera que es infracción grave *“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.”*

En el presente caso ha quedado acreditado que no se ha atendido el requerimiento efectuado en la resolución de Tutela de Derechos notificada al denunciado.

Notificado el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador no se han presentado alegaciones por lo que procede aplicar lo previsto en el artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y considerar que la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución procediendo a la resolución del procedimiento.

El hecho constatado de la falta de atención al requerimiento del Director de esta Agencia Española de Protección de Datos al imputado en este procedimiento, establece la base de facto para fundamentar la imputación de la infracción del artículo 37.1.f), es decir, no haber facilitado el acceso a los datos del reclamante, suponiendo esta actuación por parte del imputado una doble infracción, la grave ya señalada y la leve recogida en el artículo 44.2.a) de la LOPD referida a no notificar a la Agencia Española de Protección de Datos de las actuaciones realizadas.

No obstante, nos encontramos ante un supuesto en el que un mismo hecho deriva en dos infracciones, dándose la circunstancia que la comisión de una implica necesariamente la comisión de la otra. Esto es, el requerimiento era único si bien instaba a dos actuaciones: facilitar el acceso y notificar a esta Agencia que había cumplido lo requerido.

Por lo tanto, aplicando el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora que señala que *“en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”*, procede subsumir ambas infracciones en una. Dado que, en este caso, se ha producido una vulneración calificada como grave por el artículo 44.3.i) de la LOPD y también un incumplimiento informar a esta Agencia, calificado como leve en el artículo 44.2.a) de la misma norma, procede imputar únicamente la infracción grave.

## VI

Según el artículo 45.2 de la LOPD, *“las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros”*. Los apartados 4 y 5 del mismo artículo establecen que:



“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.”*

Respecto de la aplicación del artículo 45.5 considerando la concurrencia significativa

de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo, en especial no puede obviarse que la conducta infractora se realizó por una persona física no habituada al tratamiento de datos personales lo que lleva a apreciar la existencia de una cualificada disminución de la culpabilidad y procede imponer una sanción correspondiente a una infracción leve.

Por otro lado respecto de los criterios que recoge el art. 45.4 relativos a la aplicación del principio de proporcionalidad en la graduación del importe de la sanción, y según las indicaciones del art. 131.3 de la LRJPAC (Ley 30/92 de 26 de noviembre), que establece: *“en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) la existencia de intencionalidad o reiteración, b) la naturaleza de los perjuicios causados, c) la reincidencia”*, se concluye que de la secuencia de hechos expuesta en esta resolución, valorada en aplicación de dichos criterios, permiten que en este caso se considere procedente la imposición de una sanción en la cuantía de 5.000 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: IMPONER** al Dr. Don **A.A.A.**, por una infracción del artículo 37.1.a) de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, una multa de 5.000 € (cinco mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 .2 .4 y .5 de la citada Ley Orgánica.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución al Dr. Don **A.A.A.** y a Don **B.B.B.**

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva 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 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0182 2370 43 0200000785 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación 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 recibe la notificación 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 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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.



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 el Director 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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 25 de junio de 2012

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez