





## ACTUALIDAD JURÍDICA



### 1. LEGISLACIÓN

Página




-  Relación de normas europeas ratificadas en febrero como normas españolas 3
-  Modificación RD por el que se regula el procedimiento especial para reintegro de prestaciones de SS indebidamente percibidas 3
-  Protección de menores que se someten a cirugía estética y registro de datos sobre estas intervenciones en Andalucía 3
-  Procedimiento para la vinculación de centros privados de atención especializada a la red hospitalaria pública de C-LM 4

### 2. CUESTIONES DE INTERÉS

#### PERSONAL:

-  Anulación Orden SAS sobre provisión de jefaturas asistenciales: STS 5
-  Permiso para asistencia a consulta médica, tanto pública como privada: STSJ Extremadura 5



#### CONTRATACIÓN:

-  Compatibilidad entre el Derecho Comunitario y el Nacional, al establecer este un umbral por debajo del cual se aplique la exclusión automática de ofertas anormalmente bajas. STJUE 6
-  ¿Qué recursos se interponen en la adjudicación provisional en contratos SARA?: Informe JCCA 6
-  Posibilidad de licitar un contrato de suministros de medicamentos con descuentos ofrecidos por pronto pago o por volumen de compras: Informe JCCA 7



#### RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:

-  Omisión del consentimiento informado: STS 7

#### PROTECCIÓN DE DATOS:

-  Cesión de datos de antiguas exploraciones médicas a una mutua, no precisan consentimiento si se utilizan con la misma finalidad: Sentencia Audiencia Nacional 8
-  Protección de Datos en el ámbito sanitario. Informe OSE 8

### FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

-  X Congreso Nacional de Responsabilidad Civil 10
-  Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público 10

## BIOÉTICA y SANIDAD

# SUMARIO

### 1. CUESTIONES DE INTERÉS

- ☞ Tratamientos de fecundación in Vitro: Sentencia TSJ C-LM [11](#)
- ☞ Análisis y reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia. [11](#)
- ☞ Documento sobre interrupción voluntaria del embarazo [12](#)
- ☞ El espacio de los seguros privados en los sistemas sanitarios públicos: marco conceptual y políticas [13](#)
- ☞ Sanidad aprueba 10 solicitudes de selección de embriones sanos y la creación de otros dos “bebés medicamento” [13](#)
- ☞ Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal en Europa sobre la investigación con células embrionarias humanas [13](#)
- ☞ Responsabilidad profesional en la medicina alternativa [14](#)
- ☞ Barómetro sanitario 2008 [14](#)

### 2. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- 📖 I Jornada de actualización en Bioética [15](#)
- 📖 XII Congreso de seguridad del paciente y la gestión de riesgos sanitarios. Un importante camino que recorrer [15](#)
- 📖 I Congreso de investigación enfermera [15](#)
- 📖 X Congreso Nacional de FEFE [16](#)
- 📖 V Congreso Nacional de Enfermería Sociosanitaria [16](#)
- 📖 I Jornada sobre Seguridad del paciente en el Sescam [16](#)
- 📖 El desafío de la bioética [17](#)

# ACTUALIDAD JURÍDICA

## LEGISLACIÓN

- Resolución de 10 de marzo de 2009, de la Dirección General de Industria, por la que se publica la relación de normas europeas que han sido ratificadas durante el mes de febrero de 2009 como normas españolas.
  - o B.O.E. núm. 84 de 7 de abril de 2009, pág. 32932
  
- Real Decreto 359/2009, de 20 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social
  - o B.O.E. núm. 88 de 10 de abril de 2009, pág. 33894
  
- Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía.
  - o B.O.J.A núm. 53 de 13 de marzo de 2009

- Orden de 27/03/2009, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para la vinculación de centros privados de atención sanitaria especializada a la red hospitalaria pública de Castilla-La Mancha.
  - o D.O.C.m núm. 69 de 13 de abril de 2009, pág. 14995

# CUESTIONES DE INTERÉS

## PERSONAL:

- Anulación Orden SAS sobre provisión de jefaturas asistenciales.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2008

La sentencia del TSJ de Andalucía, anula la Orden sobre provisión de jefaturas asistenciales aprobada por el Servicio Andaluz de Salud, diciendo que consagrar la libre designación como mecanismo de provisión de puestos para toda una categoría como son los cargos intermedios (jefes de servicio/sección) es contrario a derecho si no va acompañado de una adecuada justificación individualizada para cada uno de ellos.



*Texto completo:*

- Permiso para asistencia a consulta médica, tanto pública como privada.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, DE 15 DE ABRIL DE 2008. Nº RECURSO 30/2008

¿Si voy a la Clínica Ruber y me tengo que ausentar de mi trabajo, deberé recuperar el tiempo perdido por el hecho de haber ido a un médico privado? A una funcionaria de una Consejería se le ordenó recuperar como parte de jornada de trabajo el tiempo invertido en acudir a la consulta de un médico privado durante su jornada laboral. La Administración consideró que sólo serían autorizadas las salidas a consultas médicas que se realizasen en el sistema sanitario público o asimilado y exclusivamente para el tiempo indispensable. El TSJ considera que no puede negarse el derecho a cuidar de la propia salud de los funcionarios, con independencia de que la consulta se hubiese llevado a cabo en centro privado o público porque el tratamiento de la salud de los funcionarios no puede estar vinculado necesariamente al sistema sanitario público.



*Texto completo:*

## CONTRATACIÓN:

- Compatibilidad entre el Derecho Comunitario y el Nacional, al establecer este un umbral por debajo del cual se aplique la exclusión automática de ofertas anormalmente bajas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 15 DE MAYO DE 2008. ASUNTO C-147/06

El Tribunal de Justicia considera compatible con el Derecho comunitario que una norma nacional, establezca un umbral razonable por debajo del cual se aplique la exclusión automática empleando a tal efecto un criterio puramente matemático, de las ofertas anormalmente bajas. Esta posibilidad está subordinada a que concorra una condición, cuál es la existencia de un número excesivamente elevado de ofertas de modo que si la entidad adjudicadora debiera verificar de manera contradictoria las ofertas presuntamente temerarias, podría ponerse en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar.

*Texto completo:* <http://curia.europa.eu>

- Dudas respecto a qué recursos se pueden interponer en la adjudicación provisional en contratos de regulación armonizada:

INFORME Nº 48/08, DE 29 DE ENERO DE LA JCCA.

- a) Para este tipo de contratos, contra la adjudicación provisional sólo se puede interponer el recurso especial en materia de contratación.
- b) frente a la adjudicación provisional en los contratos no contemplados en el artículo 37 de la LCSP, sólo se pueden interponerse los recursos administrativos ordinarios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y Procedimiento Administrativo Común
- b) Contra los actos de trámite previos a la adjudicación provisional del contrato no contemplado en el art. 37, realizados por la Mesa de Contratación, sólo se admitirán también los recursos administrativos ordinarios, pero en este caso, el recurso a interponer será recurso de alzada ante el órgano de contratación, pues los actos de la Mesa de Contratación no agotan la vía administrativa

- c) Por último, y común para todo tipo de contratos, la Junta aclara dos cuestiones:
- Que la adjudicación provisional no es un acto de trámite, sino resolutorio
  - Que entre la adjudicación provisional y la definitiva no existe ningún acto administrativo de trámite, sino el mero transcurso de un plazo para presentar documentación

*Texto completo:* <http://www.meh.es>

- Posibilidad de licitar un contrato de suministros de medicamentos con descuentos ofrecidos por pronto pago o por volumen de compras

#### INFORME Nº 17/08, DE 28 DE JULIO DE 2008 DE LA JCCA

Mediante este informe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aclara cuestiones muy importantes como la ilegalidad de imponer en los pliegos para la adquisición de medicamentos para la farmacia hospitalaria la obligación de los laboratorios de sustituir los medicamentos caducados de forma gratuita por colisionar con la LCSP así como la imposibilidad de utilizar exclusivamente el precio como criterio de valoración por resultar contrario a la Ley de Medicamentos del 2006.

*Texto completo:* <http://www.meh.es>

#### RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:

- Omisión del consentimiento informado

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE FEBRERO DE 2009

La omisión del consentimiento informado no reviste mayor trascendencia si resulta que finalmente la intervención médica se saldó con la curación del enfermo. En este caso se trataba de un gran quemado al que le amputan los pulgares de los dedos sin que él hubiera manifestado su parecer al respecto, intervención que era precisa para su restablecimiento según lex artis. Por este motivo, y de acuerdo con el silogismo daño-indemnización, la Sala de lo Contencioso dice que no procede la indemnización porque no existe daño en el sentido del art. 139 de la Ley 30/1992.

*Texto completo:* <http://www.poderjudicial.es/>

## PROTECCIÓN DE DATOS:

- Cesión de datos de antiguas exploraciones médicas a una mutua, no precisan consentimiento si se utilizan con la misma finalidad

### SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 24 DE MAYO DE 2007, Nº RECURSO 380/2005

En la presente resolución se analiza el caso de un trabajador dado de baja en su empresa por una hernia discal. Aquella lesión fue diagnosticada por una revisión en la mutua Fremap.

Con posterioridad comenzó a trabajar para otra empresa, que durante el periodo de prueba le exigió un examen médico, realizado por la misma mutua.

En la fecha en la que se acababa el periodo de prueba del contrato el paciente recibió una carta por la que era despedido al alegarse que su salud, en relación al puesto de trabajo llegaba sólo a la calificación de apto con limitaciones.

El demandante denunció a la mutua por haber utilizado los datos de antiguas exploraciones para llegar a este diagnóstico. La Agencia española de Protección de Datos concluyó que se trataba de una cesión no consentida de datos personales y entendía que el artículo 22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no autorizaba dicha comunicación.

La Audiencia Nacional reconoce que existió, efectivamente, esa utilización de los datos anteriores, pero afirma que dicha utilización posterior se produjo con una finalidad "compatible con aquélla para la que los datos habían sido recabados inicialmente" ya que los datos fueron recogidos para conocer el estado de salud del trabajador a efectos de valorar su aptitud laboral en todos los casos.



*Texto completo:*

- **La protección de datos en el ámbito Sanitario**

### INFORME DEL OBSERVATORIO DE SALUD EN EUROPA (OSE) Y EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA

La protección de datos personales en España y la UE es un derecho fundamental, reconocido como tal en el Derecho Comunitario y en la Constitución Española. Además es objeto de una especial protección cuando está referida a la protección de datos (PD) que



afectan a la esfera más íntima de las personas como es el caso de los datos referidos a la salud. Estos datos, especialmente protegidos, requieren medidas de seguridad de nivel alto y consentimiento expreso en su tratamiento, salvo en las excepciones que establece el derecho comunitario.

En los Servicios de Salud, se manejan a diario una gran cantidad de datos de salud y como responsables de su tratamiento deben garantizar su protección. Algunos casos de vulneración de la ley han puesto de manifiesto deficiencias en el proceso de gestión, fruto del tratamiento inadecuado por parte del personal sanitario, por falta de formación o por falta de recursos.

Es necesario concienciar a responsables, gestores y profesionales de los Servicios de Salud de las obligaciones que implica la gestión y tratamiento de datos de salud y de que la protección de datos está estrechamente relacionada con calidad de los servicios sanitarios y con la seguridad que se debe al ciudadano.

Las acciones desarrolladas por el Observatorio de Salud en Europa en esta línea proporcionan una valoración de la situación de partida, documentación actualizada y material docente. Así, parece fundamental formar al personal sanitario y establecer protocolos de seguridad en los centros que compatibilicen la efectividad del sistema con el cumplimiento de la ley.

Más información: <http://www.easp.es>

# FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

## - X Congreso Nacional de Responsabilidad Civil.

Se celebra en **Gijón**, el X Congreso Nacional de Responsabilidad Civil, movido por el deseo de seguir ofreciendo un lugar de encuentro entre Juristas y Profesionales interesados en esta problemática de tanta actualidad propiciada por el notable incremento de las reclamaciones que se formulan ante los Juzgados y Tribunales. El Congreso cuenta con la participación de los mejores especialistas, lo que ha permitido establecer un marco adecuado para aproximarse y debatir sobre las cuestiones más recientes suscitadas en la legislación, doctrina y jurisprudencia española, dotando al Congreso de un indudable prestigio.

Remitir el boletín de inscripción por correo o fax a: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Gijón Carretera Piles al Infanzón, 65233203 Gijón

*Teléfono:* 985 180 234 / 104

*Fax:* 985 337 711

## - Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público

La publicación de la Ley de Contratos del Sector Público constituye, sin lugar a dudas, un nuevo reto para los estudiosos del Derecho Público que pueden observar como se introduce en el Ordenamiento Jurídico una nueva ordenación de la contratación de las Administraciones Públicas y del Sector Público en general que rompe, en gran parte, con los esquemas tradicionales en los que nos veníamos desarrollando desde 1995. La nueva norma modifica en los aspectos sustantivos y procedimentales el esquema de los años noventa e introduce un conjunto normativo que presenta perfiles propios y diferenciales respecto de la realidad preexistente. A partir de ahí la necesidad del estudio y la concreción del nuevo marco jurídico se convierte, prácticamente, en una exigencia ineludible para cuantos se aproximan al régimen jurídico de la contratación. La presente Obra, utilizando una sistemática uniforme, analiza detenidamente la nueva regulación y las implicaciones que la misma tiene para el concepto de Sector Público que introduce la misma.

*Más información:* <http://www.bosch.es/>

# BIOÉTICA y SANIDAD

## CUESTIONES DE INTERÉS

### - Tratamientos de fecundación in Vitro

SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA - LA MANCHA, DE 12 DE MARZO DE 2009

El TSJ de Castilla - La Mancha, estima el recurso de suplicación interpuesto por la Administración contra la sentencia de instancia que reconocía el derecho de la actora a continuar con los tratamientos de fecundación in vitro con independencia del nº de ciclos recibidos en la sanidad privada. El TSJ, reproduciendo el criterio del Supremo, considera que el derecho a la asistencia sanitaria debe modularse aplicando criterios de eficacia y de evidencia científica, y por tanto, no es posible reconocer este derecho a la actora por la desigual relación coste-eficacia.

Esta Sentencia es un ejemplo de cómo los Tribunales también se hacen eco de la importancia que reviste este binomio en el mundo del Derecho, y a un nivel mucho más teórico y de planteamiento, evidencia la creciente importancia que reviste la evaluación de tecnologías sanitarias y su impacto sobre el gasto sanitario.

*Texto Completo*



### - Análisis y reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia

El Consejo de Europa define la dependencia, «como un estado en el que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia o ayudas importantes para realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal».

El derecho que tenemos reconocido todas las personas a elegir libremente, es posible que en un momento determinado debido a las capacidades mentales de una persona no le permitan tomar adecuadamente ciertos tipos de decisión. Cuando la relación entre riesgos y beneficios potenciales sea difícil de establecer y las consecuencias que se puedan derivar sean importantes, se incrementa la necesidad de valorar con mayor precisión la capacidad para tomar decisiones. El estado cognitivo y emocional en un momento concreto puede determinar si un individuo es capaz, o no, de tomar determinado tipo de decisión. Cuando no fuera capaz, la decisión debería tomarla otra persona en su representación, que cumpla condiciones suficientes para garantizar la ecuanimidad de la decisión sin perjuicio de la persona representada. En nuestra estructura social, además, sea quien fuere el que deba tomar la decisión, para garantizar unos principios de orden y de defensa de la libertad de todos, las decisiones deben respetar unos condicionantes legales y éticos. Este documento elaborado por un equipo multidisciplinar compuesto por médicos especialistas en neurología, geriatría y juristas, hace unas reflexiones y nos muestra los tipos de decisiones que se pueden adoptar en relación con la salud, la investigación, etc., así como la adopción de decisiones en caso de falta de capacidad.

*Texto Completo:* <http://www.fundacionalzheimur.org>

#### - Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo

El Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret, ha elaborado el documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo enfoque parte de considerar que no es posible debatir, deliberar y dialogar sobre temas controvertidos en el campo de la bioética, como el aborto, si no se aceptan normativamente los valores de científicidad, laicidad y pluralismo democrático. La propuesta del Grupo de Opinión sobre la reforma de la Ley del aborto pretende que sus condiciones sean claras y accesibles en orden a garantizar la seguridad jurídica y a respetar la autonomía de las mujeres, permitiendo la interrupción voluntaria del embarazo si se cumplen los requisitos a exigir. En las Conclusiones de este Documento se propone un sistema de regulación mixto que conjuga los plazos con las indicaciones y que debe ir acompañado por políticas claras y decididas de educación sexual y reproductiva. Las normas y los responsables de llevarla a efecto, deben garantizar la prestación sanitaria correspondiente y la posibilidad de objetar en conciencia para el personal sanitario que así lo desee.

*Texto Completo:* <http://www.pcb.ub.es>

- El espacio de los seguros privados en los sistemas sanitarios públicos: marco conceptual y políticas.

En el presente trabajo se realiza una puesta al día de los argumentos que justifican la intervención pública en sanidad, destacando en especial los fallos del mercado de seguros privados que aconsejan el aseguramiento universal obligatorio. Se analizan las relaciones entre el sector público y el privado y las variables que determinan los niveles de gasto relativo a uno y otro sector y se argumenta que los modelos donde los seguros públicos y privados están totalmente separados o totalmente integrados son preferibles a los modelos intermedios, en los que ambos sectores aparecen combinados. La compra de servicios a cambio de un pago caritativo realizada por un agente informado parece mejor fórmula para la integración de ambos sectores en el sistema de vales.

*Texto Completo:* <http://www.aes.es>

- Sanidad aprueba 10 solicitudes de selección de embriones sanos y la creación de otros dos “bebés medicamento”.

Dos de los casos aprobados permitirán el nacimiento de dos bebés libres de los cánceres hereditarios de sus familias.

*Texto Completo:* <http://www.azprensa.com/>

- Presupuestos y propuestas para una futura armonización legal en Europa sobre la investigación con células embrionarias humanas

Existe una enorme disparidad normativa en relación con la investigación de células troncales embrionarias entre los diversos Estados miembros de la UE. En una Recomendación de 1986 se invitaba a los gobiernos de los Estados miembros a limitar la utilización de embriones y fetos humanos, prohibiendo la creación de embriones por fecundación in Vitro con fines de investigación, así como la manipulación o desviación no deseables. En 1989 otra Recomendación retomó que el embrión y los fetos humanos debían ser utilizados en el marco de una estricta reglamentación con fines científicos, diagnósticos y terapéuticos limitados. En el Convenio de Derechos Humanos de Biomedicina (CDHB) se permitió la investigación con embriones humanos in Vitro, correspondiendo discrecionalmente a los Estados tomar la decisión de autorizar o prohibir tal actividad. Concluyen los autores del artículo que tanto las medidas de carácter legal vinculadas al

CDHB como las que deberían adoptar las instituciones comunitarias podrían contribuir a rebajar la tensión política que ha generado este asunto, a continuar promoviendo la investigación científica en un marco ético y jurídico adecuado y a prevenir desigualdades y discriminaciones económicas o de otro tipo entre los propios investigadores.

*Texto Completo:* [http://www.fundacionmhm.org/fondo\\_editorial.html](http://www.fundacionmhm.org/fondo_editorial.html) - Monografía nº 4

### - Responsabilidad profesional en la medicina alternativa

El autor aborda en este artículo la problemática generada por el ejercicio de la medicina alternativa, tanto en el orden civil como en el penal, con especial atención al tipo de usurpación de funciones. Como ya indican nuestros Tribunales de Justicia de nuestro país, no incurre en delito de usurpación de funciones quien realiza prácticas de medicina alternativa sin poseer título de licenciado en Medicina, siempre que no realice actos reservados a quien posee dichos títulos. Asimismo, para la práctica de la medicina alternativa es esencial una información exhaustiva del fin, los medios, los riesgos y las alternativas de tal proceder, así como de la experiencia y resultados del mismo.

*Texto Completo:* [http://www.fundacionmhm.org/fondo\\_editorial.html](http://www.fundacionmhm.org/fondo_editorial.html)- Revista nº2

### - Barómetro Sanitario 2008

El Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud, y con el objetivo de conocer las expectativas y la opinión de la ciudadanía para establecer las prioridades de las políticas de salud, ha elaborado el Barómetro Sanitario de 2008.

*Texto Completo:* <http://www.msc.es>

# FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

## - I Jornada de actualización en Bioética.

*Fecha:* 23 de mayo de 2009

*Lugar:* Salón de actos - Edificio biblioteca de ciencias. Universidad de Navarra

*Teléfono:* 948 425 600. Ext. 6600

*Fax:* 948 425 630

*Más información:* [pulsando aquí](#).

## - XII Congreso de seguridad del paciente y la gestión de riesgos sanitarios

*Organizador:* AEGRIS

*Materia:* Calidad y seguridad del paciente

*Información e Inscripciones:* [http://www.aegris.org/PDFS/PROGRAMA\\_AEGRIS\\_2009.pdf](http://www.aegris.org/PDFS/PROGRAMA_AEGRIS_2009.pdf)

*Lugar:* Murcia

*Web:* <http://www.aegris.org/>

## - I Congreso de investigación enfermera

El Sindicato de Enfermería, SATSE, organiza el I Congreso de Investigación Enfermera "Ciudad de Talavera", que se celebrará en el salón de actos del Hospital Nuestra Señora del Prado de Talavera de la Reina los días **11, 12 y 13 de mayo**, coincidiendo con el Día Internacional de la Enfermería. El objetivo de este congreso, que está acreditado por la Comisión de Formación Continuada del SNS con tres créditos, es fomentar y formar en la investigación a los profesionales de enfermería, además de concienciar sobre la necesidad de integrar la investigación en la práctica enfermera. **Las inscripciones pueden realizarse en la sede provincial de SATSE y en la sección sindical de Talavera de la Reina.**

*Más información:* <http://toledo.satse.es/>

- X Congreso Nacional de FEFE

**Organizador:** Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles

**Lugar y Fecha:**

Teatro Auditorio San Lorenzo de El Escorial

C/ Parque Felipe II

San Lorenzo de el Escorial, Madrid

del 27 al 29 de mayo de 2009

**Más información:** <http://www.congresofefe.com/>

- V Congreso Nacional de Enfermería Sociosanitaria

“Cuidamos el Futuro”

**Lugar y Fecha:** días 27 a 29 de mayo de 2009

Palacio de Congresos de Albacete

Avda. Autovía Zona Norte s/n

02006 Albacete

**Tel.:** 967 21 57 78

**Fax:** 925 21 58 65

**Más información:** <http://www.enfermeriasociosanitaria.com>

- I Jornada sobre Seguridad del paciente en el Sescam. “Compartiendo prácticas seguras”

Con el fin de dar a conocer el Plan Estratégico de Seguridad del Paciente del SESCAM así como las principales líneas de trabajo que se están desarrollando para mejorar la seguridad del paciente, se ha organizado la I Jornada sobre Seguridad del paciente en el Sescam.

**Lugar y Fecha:** 11 y 12 de mayo de 2009

Instituto de Ciencias de la Salud

Talavera de la Reina (Toledo)

**Inscripción:** [scercenado@jccm.es](mailto:scercenado@jccm.es)

**Teléfono:** 925 28 92 70



## - El desafío de la bioética

Entre los temas que se abordan en el libro destacan el concepto de persona, aborto tardío, migración y mestizaje, declaración universal de la bioética y derechos humanos, entre otros. Integran este título nueve ensayos escritos por destacados especialistas de la medicina, psicología, ciencia, sociología, derecho y filosofía como Ruy Pérez Tamayo, Ricardo Tapia, Patricia Grether, Rubén Lisker, Igor Sádaba Rodríguez, Javier Sádaba, Samuel Ponce de León y María Casado.

La serie Textos de Bioética inició con la publicación de La construcción de la bioética, que en los primeros meses de su aparición agotó su tiraje. Este nuevo título coordinado por Álvarez del Río y Rivero Weber, da continuidad al proyecto del Colegio de Bioética en colaboración con el FCE.

Los temas que se tratan en este volumen son el humanismo en la ciencia y la técnica, el concepto de persona, aborto tardío, ciencia médica, medicamentos y sus patentes, práctica médica y farmacéutica, migración y mestizaje, declaración universal de la bioética y derechos humanos.

***Autores:*** Asunción Álvarez del Río y Paulina Rivero Weber

***Más información:***

## ANULACIÓN ORDEN SAS SOBRE PROVISIÓN DE JEFATURAS ASISTENCIALES.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2008,

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil ocho.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el núm. 5231 de 2004 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra sentencia de fecha 29 de marzo de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su recurso núm. 2575/1998, sobre provisión de cargos intermedios de los Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de la Salud. Habiendo sido parte recurrida la Confederación Sindical de CC.OO de Andalucía, representada y defendida por la Procuradora D<sup>a</sup> xxxxxxx.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva que copiada literalmente dice: Fallo; Estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 25 de mayo de 1998(BOJA 13 de junio de 1998), por la que se regula el sistema de provisión, nombramiento y cese de determinados cargos intermedios de los Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de Salud, declarándola nula; sin expreso pronunciamiento en cuanto a las costas.

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, por la representación de la Junta de Andalucía, se preparó recurso de casación, que se tuvo por preparado por la Sala de instancia y se remitieron las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones, por el recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que después de formular sus motivos, terminó suplicando a Sala estime dicho recurso, casando la mencionada sentencia, declarando ajustada a Derecho la Orden de la Consejería de Salud de 25 de mayo de 1998, por la que se regula el sistema de provisión, nombramiento y cese de determinados cargos intermedios de los Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de Salud.

**CUARTO.-** La Procuradora Sra. yyyyyy en representación de la parte recurrida presenta escrito de oposición al recurso en el que después de alegar lo que consideró oportuno terminó suplicando a Sala se confirme la sentencia recurrida; subsidiariamente y en caso de que el recurso prospere se analice por ese Tribunal la segunda cuestión planteada en la demanda y se estime la misma y se anule la orden recurrida.

**QUINTO.-** Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 17 de septiembre de 2008, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. xxxxxxxxxx, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Junta de Andalucía interpone este recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 29 de marzo de 2004, que estimando el recurso núm. 2575/1998, interpuesto por la Confederación Sindical de CC.OO. de Andalucía, anuló la Orden de la Consejería de la Salud de dicha Junta, del 25 de mayo de 1998, reguladora del sistema de provisión, nombramiento y cese de los cargos intermedios de los Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de la Salud.

**SEGUNDO.-** A los efectos de la resolución judicial que ahora se pronuncia conviene reproducir, aunque lo sea en parte, lo que para fundar su decisión se expone en la sentencia recurrida, y que es del siguiente tenor: El Tribunal Supremo tiene establecido que la provisión de puestos de trabajo en la Administración pública a través del sistema de libre designación tiene carácter excepcional incluso cuando se trata no de ingreso al servicio de la función pública, sino de provisión de puesto entre quienes ya ostentan la condición de funcionario, exigiéndose para ello una justificación derivada de la naturaleza de las funciones a desempeñar y la especial responsabilidad que comporten (SSTS 12 marzo 2001, 10 abril 1996, 7 mayo 1993), siendo esto de aplicación para el personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud (arg. art. 20 de la Ley 30/1984, con relación a su artículo 1.3). Ello excluye que pueda preverse tal sistema de provisión con relación a la totalidad de los puestos de trabajo correspondientes a cualquier cuerpo, escala, clase o categoría de funcionarios de un determinado departamento u organismo, debiendo pues referirse tal sistema de provisión a puestos de trabajo individualmente designados por razón de su "especial" naturaleza.

En el presente caso no se trata de puestos de trabajo individualizados, sino de toda una categoría de ellos, los "cargos intermedios", y no se ofrece más justificación para la elección del sistema de libre designación a lo largo de todo el procedimiento de elaboración de la Orden recurrida que una, vaga referencia a que "es el que mejor cumple con el objetivo prioritario, regular un procedimiento adecuado, ágil y operativo, que permita satisfacer las necesidades de gestión de las unidades y servicios de los Centros Asistenciales dependientes del Organismo, en el marco de la descentralización y desconcentración iniciada por el Organismo a partir del Decreto 135/1991". Obviamente, se trata de una motivación insuficiente como para justificar la excepcionalidad del sistema de provisión elegido, pues, insistimos, dicha justificación habría de venir dada no por alusiones genéricas a la desde luego indiscutible- mayor agilidad de ese sistema, sino por su adecuación a la naturaleza del puesto de trabajo que en concreto se habría de proveer por dicho sistema. Así se desprende de la sentencia del Tribunal de 10 de abril de 1996, citada por la recurrente, conforme a la cual no es bastante para justificar la opción por el sistema de libre designación para una categoría genérica de puestos de trabajo la invocación de "la rapidez, agilidad y flexibilidad que se derivan de un correcto ejercicio de la facultad de libre designación, porque son precisamente estas notas mal utilizadas las que pueden originar un cierto margen de arbitrariedad, frente a cuyo potencial peligro la norma legal ha reaccionado exigiendo una justificación objetiva y razonable".

Tales consideraciones no han de ceder ante el hecho de que se haya previsto paliar la arbitrariedad propia del sistema de libre designación asignando la competencia de seleccionar a los candidatos a una Comisión de selección, conforme a unas Instrucciones para la valoración del curriculum profesional, la memoria funcional y la entrevista a

realizar, pues lo que no puede, desde luego, la Administración demandada, es inventar un nuevo sistema de provisión de puestos de trabajo, de manera que si la ponderación de los méritos y el procedimiento de selección no reúne como en este caso- los requisitos propios del sistema de concurso, estaremos sin más en presencia de un sistema de libre designación, cuyos resultados no podrían impugnarse o recurrirse con las mismas garantías de objetividad que en el sistema de concurso, lo cual conduce a la irrelevancia a la alegación de la recurrida sobre la supuesta limitación del margen de arbitrariedad derivada de esas instrucciones. Esta consideración queda reforzada por el hecho de que el artículo 5 de la Orden recurrida establece, en absoluta coherencia con la calificación de los cargos intermedios como de libre designación, que "el personal así nombrado podrá ser cesado con carácter discrecional por la autoridad que acordó su nombramiento", lo que no sería desde posible en el caso de provisión por concurso.

Al estimar el recurso por la razón expuesta no está la Sala queriendo decir que no sea posible la provisión de determinados "cargos intermedios" por el sistema de libre designación. Este podrá ser el sistema adecuado para alguno de ellos en los que, por su naturaleza y funciones, pueda apreciarse que sea esencial la relación de confianza y la sintonía entre las autoridades que los designan y quienes han de desempeñar esos cargos para evitar distorsiones en la implantación de determinadas políticas de gestión del centro asistencial. Pero ello requerirá una justificación expresa y referida en concreto a cada uno de esos cargos intermedios cuya provisión parezca a la Administración demandada que deba hacerse por libre designación. Incluso si considera que todos y cada uno de los que en la actualidad se consideran "cargos intermedios" exigen, por su naturaleza esa forma de provisión, debería proceder a la justificación individualizada para cada uno de ellos, al objeto de que, en caso de recurso, los órganos judiciales pudieran revisar si esa justificación es, caso por caso, suficiente como para apartar la regla general (concurso) y optar por la excepción (libre designación).

**TERCERO.-** El Letrado de la Junta de Andalucía en su escrito de interposición de la casación, formula un solo motivo que articula al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de esta Jurisdicción, por aplicación indebida del art. 20 de la Ley 30/1984, de 30 de agosto para la Reforma de la Función Pública, así como de la jurisprudencia sentada en los autos de este Alto Tribunal de 28 de febrero de 2000 y 22 de febrero de 2002.

**CUARTO.-** A la vista de las actuaciones la casación debe ser desestimada, por cuanto, en primer término, como hace notar el recurrido en su escrito de oposición a la casación, la jurisprudencia que cita la Junta no es de aplicación al caso, dado que deriva de resoluciones dictadas por la Sección de Admisión, y aparece dictada para determinar si el personal estatutario debe, o, no, entenderse incluido entre el funcional, a efectos de admisibilidad de la casación, y no al problema que se resuelve en esta impugnación.

A lo que ha de agregarse el carácter de básico que corresponde al art. 20.1.b) de la Ley 30/1984, según el art. 1.3 de esta Ley, y que el R.D. Ley 118/1991, que la recurrente en casación cita como normativa específica, también establece el sistema de concurso como forma normal de provisión. Siendo insuficiente la motivación ofrecida por la Administración para justificar la elección del excepcional sistema elegido para cubrir la totalidad de los cargos intermedios, y que es la que se recoge en la parte transcrita de la sentencia recurrida, visto su carácter genérico y no referido a cada concreto puesto de trabajo a cubrir, según ha declarado este Tribunal en la sentencia de 10 de abril de 1996, que así mismo se reproduce en la citada transcripción, y a la que habrá que remitirse.

Tampoco es bastante la invocación actora de que al estar referidos los cargos intermedios recogidos en la Orden cuestionada a puestos de Jefatura o Dirección, que llevan implícita

la nota de confianza esa clasificación, ha de tenerse por sí sola como suficiente justificación de la elección del sistema de libre designación, pues ello no excluye la necesidad de que con referencia a cada uno de esos puestos, se deba efectuar la justificación motivadora de su clasificación como de jefatura o de dirección, lo que no se ha hecho por la Junta. En último término tampoco cabe aludir al carácter discrecional de las potestades de autoorganización de las que deriva la Orden cuestionada, ya que es claro que las potestades de reglamentación deben ajustarse al sistema legal establecido, y a los principios generales del Derecho, que en este caso vienen referidos al art. 20.1.b) de la Ley 30/1984 , y al principio de seguridad e interdicción de la arbitrariedad, cuyo potencial peligro se trata de evitar con la exigencia de la especial motivación, cuando se ha elegido el sistema excepcional de libre designación, que han sido desconocidos por la Administración recurrente, según lo argumentado.

**QUINTO.-** Por lo expuesto procede la declaración de que no ha lugar al recurso de casación.

Por imperativo del art. 139, LJCA , las costas de esta casación se imponen a la Junta de Andalucía; si bien la Sala en uso de las potestades que se le confieren en el apartado 3, de ese precepto, declara que la cuantía máxima que puede reclamarse al condenado en costas, por el concepto de honorarios de Letrado del favorecido por la condena (el Sindicato CC.OO.) es la de mil (1000) euros; cantidad que se fija siguiendo los criterios habituales de esta Sala en esta materia, y en atención a la importancia del asunto y dificultad que entraña.

Por todo lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución;

### FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, del 29 de marzo de 2004, que estimando el recurso núm. 2575/1998, había anulado la Orden de la Consejería de la Salud de 25 de marzo de 1998, sobre provisión de cargos intermedios de los Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de la Salud.

Se imponen a la Administración recurrente las costas de esta casación, con las matizaciones contenidas en el último fundamento de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, SALA DE LO CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO, SEC. 1ª, 15-4-2008,  
Nº 30/2008

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Badajoz se remitió a esta Sala recurso contencioso- administrativo núm. 98 seguido a instancias de D. XXXX, Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado núm. 98 de fecha 22/05/2007.-

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte demandante-apelante, D. XXXX en su nombre y representación dando traslado a la representación de la parte demandada-apelada, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. yyyyyyyyyy, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Interpone recurso de apelación D. XXXX contra la sentencia 98/2.007, de 22 de mayo, dictada en el procedimiento abreviado 370/2.006 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Badajoz, promovido por la ahora apelante, en su condición de funcionaria de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, en impugnación de la resolución de 26 de octubre de 2006 de la Jefatura de Sección de Organización de los Servicios Periféricos de Badajoz de la mencionada Consejería, por la que se le ordenaba recuperar como tiempo de trabajo una hora y 20 minutos, en que se ausentó de su puesto de trabajo el día 5 de octubre de 2.006, durante la semana siguiente a la notificación de dicha resolución y en horario comprendido entre las 16 y 20 horas de lunes a jueves, con apercibimiento de que, en otro caso, se procedería a descontarle de sus retribuciones la cantidad de 16,66 €. Dicha resolución se confirma en la sentencia de instancia con la desestimación del proceso. Se suplica en esta alzada que se revoque la sentencia y se anule la resolución originariamente impugnada. Se opone a tales pretensiones el Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura que considera la sentencia ajustada a Derecho, suplicando su confirmación con la desestimación del proceso.

**SEGUNDO.-** A la hora de examinar las cuestiones que se suscitan en este recurso de apelación es necesario que la Sala deje constancia de su estricto objeto. Nos referimos a la fundamentación que se hace en la demanda y que se examina en la sentencia, como era obligado por la exigencia del principio de congruencia, sobre la pretendida impugnación

indirecta de la Instrucción 1/2.006, de 21 de agosto, de la Secretaría General Técnica de la antes citada Consejería, por vulneración del Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 95/2.006, de 30 de mayo, sobre Regulación de la Jornada y Horario de Trabajo, licencias, Permisos y Vacaciones del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Esa cuestión habilita formalmente el acceso al recurso de apelación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81-2º-d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. A la vista de ello y como resulta de la referencia al objeto del recurso, lo que se cuestiona ahora en esta instancia es el argumento que se hace por el Magistrado "a quo" respecto de que el recurso ha de ser desestimado sin mayores comentarios una vez que ha quedado acreditado que la entidad CCCC Seguros cuenta con una amplia oferta de especialistas en traumatología y que la mayoría de ellos tienen consulta por la tarde. Para el examen impuesto en el anterior fundamento debe comenzarse por recordar, como se hace en el escrito de apelación, que tal y como resulta del expediente, fue la misma recurrente la que, una vez ausentada de su puesto de trabajo y con el fin de justificar dicha ausencia, presenta el mismo día una simple certificación del centro médico privado donde se realizó la consulta, aclarando en el mismo que la consulta de su especialista es sólo los jueves por la mañana. Ante esa certificación la Administración, no es que no dé por cierta esa asistencia a la consulta sino que, como resulta de la resolución de 26 de octubre, considera que nunca una consulta a un centro privado puede justificar la ausencia ni dar lugar a permiso alguno porque, conforme a la Instrucción ya mencionada, "sólo serán autorizadas las salidas a consultas médicas que se realicen en el sistema sanitario público o asimilado y exclusivamente para el tiempo indispensable". Es decir, la Administración da por buena la prueba sobre los hechos -asistencia a la consulta-, pero niega que esa consulta a un centro médico privado pueda servir de justificación a la ausencia del puesto de trabajo. En suma, pues, la recurrente aportó las pruebas que se consideraron suficientes y la Administración nunca negó esos hechos sino que fundó su decisión en la Instrucción. Por el contrario, la sentencia considera que existiendo traumatólogos que prestan consulta por las tardes, no puede acudir por la mañana al igual que ocurre con el sistema sanitario público en el que sólo son autorizadas cuando por disponibilidad horaria del centro sanitario no puedan realizarse fuera del horario de trabajo; y para ello se basa en lo dispuesto en la Instrucción 1/2006 de la Secretaría General de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente que a su entender desarrolla lo dispuesto en el Decreto 95/06 que en el artículo 11,4 sólo regula la ausencia del puesto de trabajo ... para acompañar a familiares. Sin embargo es lo cierto que la recurrente que acudió a recibir asistencia personalmente, aportó certificado en el que se expresa que el traumatólogo por ella elegido, sólo pasa consulta por los jueves por la mañana, de lo que se desprende que la recurrente a la que no se le puede compeler a acudir a otro traumatólogo, no tenía posibilidades de elegir horario.

**QUINTO.-** Lo concluido en el anterior fundamento bastaría para dejar resuelta la pretensión de la recurrente pero ello no nos exime de abordar el debate, ya suscitado en la misma demanda por exigencia de la motivación del acto impugnado, sobre la pretendida nulidad de, al menos, el apartado 3, párrafo último, de la Instrucción de 2.006 antes mencionada. Ya este Tribunal se ha pronunciado sobre la misma entendiendo que "Se aduce en este sentido que la Instrucción es contraria a la exigencia de la jerarquía normativa que le hace incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 62-2º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Al respecto debe recordarse que en dicha norma se dispone que "solamente serán autorizadas las salidas a consultas médicas,

que se realicen en el sistema sanitario público o asimilado y siempre que por razones de disponibilidad horaria del centro sanitario no puedan realizarse fuera del horario de trabajo". Se tacha el precepto de ir en contra de lo dispuesto en el artículo 11-4º del antes citado Decreto Autonómico 95/2.006, de 30 de mayo. Y así planteado el debate y sin dudar de las buenas intenciones que se habían pretendido con la Instrucción, como se ponen de manifiesto por la defensa de la Administración Autonómica, es lo cierto que la Instrucción establece una regulación que no contiene el Decreto, por lo que no lo integra o interpreta, sino que lo modifica. En efecto, bien es verdad que cuando el artículo 11-4º de la norma reglamentaria regula los supuestos de "permisos" por asistencia a "consultas medicas o asistenciales sanitarias del sistema sanitario público o asimilado", sólo se refiere a las que deban realizar "los hijos menores de 14 años o las personas dependientes a (su) cargo" del funcionario que haya de ausentarse de su puesto de trabajo. Nada se dispone de que sea el propio funcionario el que deba asistir a esa consulta médica o asistencial, lo que no deja de sorprender a Administración, recurrente y Magistrado "a quo", porque se produciría la absurda paradoja de que el funcionario podría ausentarse para acompañar a un familiar como los reseñados, pero no para su propia atención médica, de ahí que la Administración haga esfuerzos argumentales en pro del derecho fundamental a la salud de los funcionarios y en la sentencia apelada se concluya admitiendo la extensión de esos permisos a los funcionarios, también a la recurrente, de haberlo acreditado, como ya se dijo. Y poner remedio a esa "omisión" se dice querer corregir con la Instrucción haciendo referencia exclusivamente a esos permisos por asistencia a consultas médicas o asistenciales, de manera exclusiva, a los propios funcionarios -sin referencia a hijos menores o personas dependientes-, con olvido de que no es la norma de inferior categoría la que está llamada a resolver los problemas de redacción de una norma de superior rango, porque con ello se está modificando su contenido. En el caso de autos, no era la Instrucción la llamada a integrar en esos permisos por asistencia a consultas a los propios funcionarios, supuesto que el artículo 11 del Decreto no contempla. Pero es más, a juicio de la Sala no existe omisión alguna en el antes mencionado artículo 11-4º del Decreto, porque cuando el funcionario ha de asistir a una consulta médica o centro asistencial, no se trata ya de un permiso asimilable al que se exige para acompañar a un familiar, sino que si es el propio funcionario el que necesita la asistencia deberá concluirse que el permiso deberá remitirse a su propia salud, es decir, al régimen establecido para las ausencia por causa de enfermedad y no otra cosa sucede en el caso de autos en que la recurrente, que no se duda acudió a una consulta que su especialista tiene exclusivamente en horario laboral, no puede negársele ese derecho con independencia de que la consulta se hubiese llevado a cabo en centro privado o público porque el tratamiento de la salud de los funcionarios no puede estar vinculado necesariamente al sistema sanitario público. Consecuencia de ello es que, de una parte, no puede exigírsele a la recurrente la prestación de horario para recuperar el tiempo de ausencia a que se refieren las actuaciones; de otra parte que el apartado último de la regla tercera de la Instrucción es nula de pleno derecho, con los efectos previstos en el artículo 72-2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ". Por los mismos motivos se estima el presente recurso.

**SEXTO.-** Dada la estimación del recurso no procede hacer expresa condena en costas, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso -administrativa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española.



## FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por su propio nombre por D. xxxxx contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de los de Badajoz, revocar dicha resolución y estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mencionada apelante contra la resolución de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura a que se hace referencia en el primer fundamento, que se anula por no estar ajustada al Ordenamiento Jurídico. Se declara nulo de pleno derecho el párrafo último de la regla tercera ("normas de control horario") de la Instrucción sobre Control Horario, Vacaciones, Permisos, Licencias y Autorizaciones para la Asistencia a Cursos de Formación, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, de 21 de agosto de 2.006. Todo ello sin hacer especial condena en costas.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio, junto con las actuaciones, al Juzgado de su procedencia para su cumplimiento, dejándose constancia de lo actuado en el rollo; debiendo publicarse esta sentencia en los Diarios Oficiales en que se publicase la Instrucción antes mencionada.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SEC. 1ª, S 24-5-  
2007,  
REC. 380/2005

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2005, acordándose por providencia de 20 de diciembre siguiente su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998 , y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno "Mutua de Accidentes de Trabajo F." formalizó la demanda mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2006, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, solicitó se dictara sentencia en la que, estimándose el recurso "se revoque la resolución combatida, acordando la devolución de los 360.607,26 euros ingresados por mi mandante en la Agencia de Protección de Datos con el interés legal correspondiente, con expresa condena en costas procesales".

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 19 de abril de 2006, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso y se confirmara la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

**CUARTO.-** No habiéndose solicitado el recibimiento del recurso a prueba, y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad actora y después el Abogado del Estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivas pretensiones.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 8 de mayo de 2007, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada Dª XXXXX, quien expresa el parecer de la Sala.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por "Mutua de Accidentes de Trabajo F.", la Resolución de la Agencia de Protección de Datos de 22 de noviembre de 2005 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución de 6 de octubre de 2005 que impone a tal recurrente:

1. Una multa de 60.101,21 euros, por la comisión de una infracción del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal ,

tipificada como grave en el artículo 44.3 .d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

2. Una multa de 300.506,05 euros, por la comisión de una infracción del artículo 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , tipificada como muy grave en el artículo 44.4 .b), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.3 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Como hechos probados en las resoluciones combatidas, se declaran los siguientes:

Primero.- En el mes de mayo de 2003 D. XXXXXXXXX trabajaba para la empresa "T." en la que tuvo una baja laboral a causa de una lesión, diagnosticada como hernia discal C6-C7. Baja laboral que duró hasta julio 2003. La Mutua con la que trabajaba la empresa "T." era "Mutua de Accidentes de Trabajo F."

Segundo.- En el mes de diciembre de 2003 D. XXXXXX comenzó a trabajar en la empresa "V., S.A.". Durante el periodo de prueba en esta empresa le hicieron un reconocimiento médico, consistente en pruebas de audiometría, control de visión, electrocardiograma y espirometría. La Mutua encargada de hacer esos reconocimientos era también "Mutua de Accidentes de Trabajo F."

Tercero.- El 12 de enero de 2004, último día del periodo de prueba en la entidad "V., S.A.", D. XXXXXXXXX es despedido. La carta que le entregaron llevaba el logotipo de "Mutua de Accidentes de Trabajo F." y en ella se indicaba que "a la vista de los resultados, así como de las exploraciones complementarias realizadas se objetivan datos patológicos en relación con su puesto de trabajo en el momento actual, siendo considerado apto con limitaciones".

Cuarto.- "Mutua de Accidentes de Trabajo F." tiene contratos firmados con las entidades "T." y "V., S.A." con fecha 15 de octubre de 1998 y 1 de marzo de 2003, respectivamente, para la prestación del Servicio de Prevención Ajeno. Asimismo "Mutua de Accidentes de Trabajo F." tiene suscrito con fecha 16 de mayo de 2002, contrato para la prestación del Servicio de Prevención Ajeno con la empresa "V., S.A.", en su modalidad 6, especialidad Medicina del Trabajo.

Quinto.- D. XXXXX denuncia a la entidad "Mutua de Accidentes de Trabajo F." por haber incluido datos que habían sido recabados durante la revisión de su incapacidad temporal, con fecha 25 de agosto de 2003, cuando trabajaba para al entidad "T.", en un informe realizado el 12 de enero de 2004, como reconocimiento médico previo a su incorporación definitiva como trabajador a la entidad "V., S.A."

En el fichero "reconocimientos médicos" de "Mutua de Accidentes de Trabajo F." constan dos reconocimientos efectuados a D. XXXXXXXXX. El primero de ellos, de fecha 25 de agosto de 2003, para la empresa "T.", cuyo resultado es "Apto". El segundo de fecha 12 de enero de 2004, para la empresa "V., S.A.", cuyo resultado es "Apto con limitaciones".

En el Informe de reconocimiento medico entregado al trabajador, de fecha 25 de agosto de 2003, consta de forma literal:

"Hernia cervical C6-C7. Hipercolesterolemia. Intervenido de fémur derecho (acc. de tráfico en la infancia). Rinoplastia. Quemadura pie izquierdo por aluminio a los 28 años. ¿Liberación nervio cubital derecho en 1998? Fístula anal iq".

En el Informe de reconocimiento medico entregado al trabajador, de fecha 12 de enero de 2004, consta de forma literal "Hernia cervical C6-C7. Hipercolesterolemia. Intervenido de fémur derecho (acc. de tráfico en la infancia). Rinoplastia. Quemadura pie izquierdo por

aluminio a los 28 años. ¿Liberación nervio cubital derecho en 1998? Fístula anal iq”.

Sexto.- El reconocimiento médico que le fue realizado al denunciante en la empresa “V., S.A.” con fecha 12 de enero de 2004, consistió en la realización de pruebas de audiometría, control de la visión, electrocardiograma y espirometría.

Sin embargo en la historia clínica, como diagnóstico general, consta de forma literal la siguiente información que ya constaba en el informe al reconocimiento sobre la incapacidad temporal realizado a D XXXXXXXXo cuando era trabajador de “T.”:

“Hernia cervical C6-C7. Hipercolesterolemia. Intervenido de fémur derecho (acc. de tráfico en la infancia). Rinoplastia. Quemadura pie izquierdo por aluminio a los 28 años. ¿Liberación nervio cubital derecho en 1998? Fístula anal iq”.

**SEGUNDO.-** La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

La actuación médico sanitaria de las Mutuas, ya sea en el accidente del trabajo, la enfermedad profesional, la incapacidad temporal o las actividades preventivas, conlleva un tratamiento integral, por lo que su actuación debe estar necesariamente interrelacionada para garantizar el cumplimiento de los fines previstos en los textos legislativos aplicables, a fin de la correcta gestión de los fondos públicos que perciben y las prestaciones sanitarias, preventivas o económicas de las que son acreedores los trabajadores en las situaciones legalmente previstas, lo que conlleva indefectiblemente la existencia de una única historia clínica para cada paciente.

Por otra parte, la actuación de las Mutuas como Servicio de Prevención Ajena es ejercida por éstas como una única persona jurídica (art. 197.1 LGSS) precepto del que se desprende que la actuación de los servicios de prevención en materia de vigilancia de salud (reconocimientos médicos), prescindiendo de que éstos sean Mutuas o Entidades Mercantiles, deben ser comunicados a las Mutuas por disposición legal.

La existencia, de una hernia cervical C6-C7 no se obtuvo de ningún reconocimiento médico efectuado por la empresa “T.”, sino de un proceso de baja laboral por contingencias comunes de la que fue tratado el trabajador por “Mutua de accidentes de trabajo F.”, desde mayo de 2003 hasta el 18 de julio de 2003, en cumplimiento de las atribuciones legalmente conferida en los art. 69 y sig. del RD 1993/95 .

De conformidad con lo dispuesto en el art. 7.6 en relación con el 8 de la LOPD, los profesionales médicos de “Mutua de accidentes de trabajo F.” están legitimados, para el cumplimiento de fines propios de la sanidad, para tratar antecedentes, anamnesis e historias clínicas correspondientes a cualquier paciente que haya precisado labor asistencial de cualquier índole de la actora.

Lejos de existir cualquier desconocimiento del interesado, el mismo fue expresamente advertido y requerido de la necesidad de aportar informes médicos actualizados de la Seguridad Social, en relación con dicha patología, tal y como se desprende del apartado recomendaciones/limitaciones del informe que se le entregó.

Tal es así que el trabajador intentó obtener una rectificación de dicho juicio clínico sin aportar los informes clínicos requeridos.

**TERCERO.-** Se imputa en primer término a la “Mutua de accidentes de trabajo F.” la infracción del art. 4.2 de la LOPD que determina que:

“Los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”.

De relacionar el repetido artículo 4.2 de la LOPD con el ordinal 1 del mismo artículo 4, que exige para que los datos puedan recabarse para su tratamiento que sean “adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”, resulta que establece tal artículo 4 una sutil distinción entre finalidad de la recogida y finalidad del tratamiento, pues la recogida sólo puede hacerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y el tratamiento posterior no puede hacerse de manera incompatible con dichos fines.

Así, y de acuerdo con la Directiva 95/46 / CE de 24 de octubre de 1995, si la recogida se hizo con fines determinados, cualquier uso o tratamiento posterior con finalidad distinta es incompatible con la primera finalidad que determinó la captura por lo que, en este contexto, diferente o incompatible significan lo mismo.

Concepto de “finalidades incompatibles” que ha sido interpretado por múltiples sentencias de esta Sala de la Audiencia Nacional (SAN de 11-2- 2004 (Rec.119/2002) entre otras muchas), que establece que “aunque el artículo 4.2 de la Ley 5/1992 , ya no se refiere a “finalidades distintas”, sino a “finalidades incompatibles”, revelando una ampliación de la posibilidad de utilización de los datos, sin embargo la interpretación sistemática del precepto y la ambigüedad del término finalidades incompatibles avalan la interpretación realizada en el acto administrativo impugnado.

En efecto, según el diccionario de la Real Academia “incompatibilidad” significa “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre si”, por tanto una interpretación literal ampararía el uso de los datos para cualquier fin abriendo una gama indefinida e ilimitada de finalidades, pues es muy difícil imaginar usos que produzcan la repugnancia que evoca la incompatibilidad, por lo que semejante interpretación conduce al absurdo y como tal ha de rechazarse, teniendo en cuenta, además, que dicho término se introduce en la Ley de 1999, como ha declarado la doctrina, por una traducción poco precisa del artículo 6 de la Directiva 46/1995, de 24 de octubre”.

Aplicando dicha doctrina al supuesto debatido tenemos que la resolución impugnada (fundamento de derecho II de la misma) sustenta dicha infracción del artículo 4.2 LOPD en base a lo siguiente: los datos del reconocimiento médico efectuados por “Mutua de accidentes de trabajo F.” para evaluar la incapacidad laboral del trabajador en la empresa “T.”, fueron utilizados por “Mutua de accidentes de trabajo F.” para la elaboración del informe de otro reconocimiento médico, con otra extensión y contenido, relativo a la misma persona, pero para otra empresa diferente y en un momento posterior, sin consentimiento del denunciante.

El tratamiento de los citados datos de salud, especialmente protegidos, debe considerarse incompatible, a los efectos aquí imputados de desvío de finalidad.

Esta Sala considera, sin embargo, que una cosa es que finalidad incompatible, conforme a lo que se acaba de exponer, no pueda interpretarse conforme a su dicción literal, y otra distinta que en el presente caso haya de concluirse que los datos personales fueron recabados con una finalidad, y en cambio se trataron con otra finalidad incompatible con aquélla.

Efectivamente los datos de salud del trabajado que recabó “Mutua de accidentes de

trabajo F.” cuando aquél prestaba sus servicios para “T.”, fueron utilizados por dicha Mutua recurrente en un momento posterior y para otra empresa distinta, “V., S.A.”, más dicha utilización posterior, a juicio de esta Sala, se produjo con una finalidad compatible con aquella para la que los repetidos datos de salud habían sido inicialmente recabados.

Ello puesto que tales datos médicos del Sr. xxxxxxxxx fueron recogidos para conocer el estado de salud del mismo, a efectos de su aptitud laboral, y su utilización o tratamiento posterior, para la segunda empresa, se llevó a cabo también para conocer el estado de salud de dicho trabajador a fin de valorar su aptitud para el puesto de trabajo para el que había sido contratado en periodo de prueba.

Y si bien tanto el Tribunal Constitucional (STC 202/1998, de 8 de noviembre) como esta Sala (SAN 12-4-2002, Rec. 1271/2000) han rechazado los tratamientos de datos de salud de los empleados que no persiguen ni la mejora ni la prevención de la salud, sino únicamente controlar el absentismo laboral, distinguiéndose, con claridad, entre ambas finalidades, en el caso ahora enjuiciado “Mutua de accidentes de trabajo F.” sí trató los datos, en la segunda ocasión, con una finalidad que se encuentra en consonancia con aquella para la que los mismos habían sido facilitados.

Se llevó a cabo un posterior tratamiento de los datos que ha de entenderse compatible con la finalidad que determinó la entrega, por lo que la infracción del artículo 4.2 de la LOPD imputada por la AEPD emplea a la Mutua recurrente ha de ser revocada por la Sala.

**CUARTO.-** Se impone también a “Mutua de accidentes de trabajo F.” la sanción de 300.506,06 euros, por la comisión de la infracción muy grave del artículo 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que sanciona como tal “La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en los que estén permitidas”.

Es el artículo 11.1 de tal LOPD el que determina que “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

Precepto ha de ser completado con el artículo 1.2 del RD 1332/1994, de 20 de junio, que referido a ficheros automatizados, define la cesión como toda obtención de datos resultante de la consulta a un fichero, la publicación de los datos contenidos en un fichero, su interconexión con otros ficheros y la comunicación de datos realizada por una persona distinta de la afectada.

Y también con la Directiva 95/46 /CE, que se refiere a la cesión dentro de la definición referida al tratamiento y la define como comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los datos, cotejo o interconexión.

Es tal cesión de datos personales, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, un concepto jurídico de gran amplitud y así, cualquier revelación o manifestación de datos a un tercero, distinto del interesado, constituye cesión o comunicación de los mismos a efectos de la LOPD. Las SSAN, Secc. 1ª, 21-6-2002 (Rec. 990/2000), 19-5-2004 (Rec. 259/2003) y 18-5-2006 (Rec. 429/2004), entre otras, razonan que dicho concepto de cesión no puede ser más amplio, pues se entiende por tal toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

Suponiendo que determinados datos se encuentren en poder del titular o responsable del fichero, cualquier comunicación de los mismos a una persona distinta del interesado o afectado, constituye cesión en sentido técnico.

Otra de las notas definitorias de la cesión de datos es la trascendencia que el consentimiento del interesado, válidamente otorgado, posee en todo el marco regulador de la figura, lo cual enlaza, directamente, con la previsión que del “consentimiento inequívoco del afectado” contiene el artículo 6 LOPD, esencial en materia de protección de datos.

Ha señalado igualmente la Sala (SAN 30-6-2004, Rec. 625/2002) que inequívoco es lo que no admite duda o equivocación, y, por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

La resolución de la AEPD combatida imputa a “Mutua de accidentes de trabajo F.” la cesión ilegal de datos personales del trabajador afectado, en base, fundamentalmente, a los siguientes razonamientos:

De conformidad con los artículos 32, 31.2 y 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), existe una habilitación legal en tal normativa, para la cesión de datos de los trabajadores sin su consentimiento, sólo en el supuesto del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el párrafo a) del apartado 1 del art. 23.

En este régimen legal específico del tratamiento de salud en el ámbito laboral se establece, expresamente, el carácter voluntario de las actividades de control periódico de la salud de los trabajadores (con la única excepción contemplada en el art. 22.1 párrafo segundo de la LPRL), estableciendo también, de forma expresa, la obligación de respeto a la intimidad de los trabajadores y la confidencialidad de sus datos.

En consecuencia el tratamiento por parte de los servicios de prevención de riesgos laborales del historial médico como consecuencia de los reconocimientos médicos realizados a los trabajadores, deberá limitarse a las previsiones del art. 22.4 de la LPRL.

En este sentido se prohíbe la transmisión de información médica obtenida al amparo de lo dispuesto en la LPRL a cualquier tercero distinto del personal médico y autoridades sanitarias, con la única excepción de las conclusiones derivadas de dicho seguimiento en cuanto a la aptitud de los trabajadores.

Concluye la AEPD que “Mutua de accidentes de trabajo F.” ha incurrido en la infracción del artículo 11.1 LOPD al haber comunicado datos de salud que habían sido recabados durante la revisión de la incapacidad temporal del denunciante cuando trabajaba con la entidad “T.”:

“Hernia cervical c6-C7. Hipercolesterolemia. Intervenido de fémur derecho (acc. de tráfico en la infancia). Rinoplastia. Quemadura pie izquierdo por aluminio a los 28 años. ¿Liberación nervio cubital derecho en 1998? Fístula anal iq”, al informe realizado como reconocimiento médico (consistente en pruebas de audiometría, control de visión, electrocardiograma y espirometría), con carácter previo a su incorporación definitiva a la entidad “V., S.A.”.

**QUINTO.-** Ha de tomarse en consideración que la información facilitada por “Mutua de accidentes de trabajo F.” a la segunda empresa, relativa al estado de salud del Sr. xxxxxx, aunque faltan datos fehacientes en estas actuaciones, no parece que provocara exactamente el “despido” de dicho trabajador, sino la no superación del periodo de prueba (artículos 14 y 52 .a) del Estatuto de los Trabajadores ) por carecer de las aptitudes necesarias para el puesto de trabajo de “Molinos” que el mismo iba a desempeñar en “V., S.A.”.

Obsérvese que en la comunicación en tal sentido entregada a dicho Sr. xxxxx (folio 7 del expediente) se indica al mismo que había sido sometido ese mismo día (12 de enero de 2004) a “un reconocimiento médico tipo inicial para valorar su capacidad laboral, para el puesto de trabajo Molinos” y que “a la vista de los resultados, así como de las exploraciones complementarias realizadas se objetivan datos patológicos en relación con su puesto de trabajo en el momento actual”.

Y obsérvese también que en el propio Informe de reconocimiento medico de 12 de enero de 2004 que figura en los folios 9 a 12 del expediente administrativo, consta igualmente que “ Debido a la existencia de informes médicos de “Mutua de accidentes de trabajo F.” que confirman la existencia de Hernia Discal C6-C7 se solicita aporte informes actualizados de la Seguridad Social al Servicio Medico de Empresa”, de donde se desprende la importancia que para el puesto de trabajo en cuestión revestía la indicada dolencia.

Es necesario también aludir a las Cláusulas tercera y séptima de las Condiciones Generales de los contratos para prestación del Servicio de Prevención Ajena suscritos entre “Mutua de accidentes de trabajo F.” y “T.” y “Mutua de accidentes de trabajo F.” y “V., S.A.”.

En la tercera de la cuales se señala que:

“Sin conocimiento previo y por escrito de ésta, la Mutua no utilizará la información facilitada por la empresa contratante ni desvelará a terceros dicha información, salvo por razón del cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, de la normativa legal aplicable, o que sea requerida por la autoridad labora, sanitaria o judicial”.

Y la cláusula séptima cuyo párrafo tercero indica que:

“El contenido de los reconocimientos médicos y demás declaraciones relativas a la salud de los trabajadores tendrá carácter confidencial, estando sujetos quienes los consulten al deber de secreto profesional de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre ”.

art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales que indica , en su apartado 4, que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados en perjuicio del trabajador, y que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario, o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador, pero añadiendo que:

“No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con al necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”.

**SEXTO.-** La AEPD considera cometida la cesión inconsentida de datos personales por parte de “Mutua de accidentes de trabajo F.”, como ya se ha indicado, por haber comunicado los datos de salud recabados durante la incapacidad temporal del denunciante, cuando trabajaba para “T.”:

“Hernia cervical c6-C7. Hipercolesterolemia. Intervenido de fémur derecho (acc. de tráfico en la infancia). Rinoplastia. Quemadura pie izquierdo por aluminio a los 28 años.



¿Liberación nervio cubital derecho en 1998? Fístula anal iq”, al informe realizado con posterioridad, y derivado del reconocimiento médico previo a su incorporación definitiva como trabajador a “V., S.A.”, dado que este último reconocimiento se limitó, exclusivamente, a pruebas de audiometría, control de visión, electrocardiograma y espirometría.

Entiende la AEPD que tampoco el referido artículo 22.4 de la LPRL autorizaba dicha comunicación puesto que la misma, en su caso, debería haberse limitado, exclusivamente, a las conclusiones de dicha revisión efectuada en “T.” (Apto o No apto).

Los datos médicos comunicados, tal y como indica la demanda, se obtuvieron de un reconocimiento médico efectuado en la empresa “T.”, pero en virtud de un proceso de baja laboral (incapacidad temporal) de la que fue tratado el trabajador por “Mutua de accidentes de trabajo F.”, entre mayo y julio de 2003.

Como consecuencia de ello, los repetidos datos médicos del Sr. XXXX pasaron a formar parte del historial médico o historia clínica en posesión de tal aseguradora actora.

Historia clínica que tiene su razón de ser en la adecuada y eficaz gestión racional de la sanidad y prestación de la asistencia sanitaria (artículo 23 de la Ley General de Sanidad), que exige la creación y utilización de registros, en los que se recoja la información para dicha gestión y asistencia.

En la actualidad es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica la que define en el artículo 3 dicha historia clínica como “el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica del paciente a lo largo del proceso asistencial”.

Ley que indica, en el art. 15.1 que “la historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente”, y en el art. 15.4 que “la historia clínica se llevará con criterios de unidad y de integración en cada institución asistencial”.

Además el artículo 16 tal Ley 41/2002 permite el acceso a la historia clínica de los profesionales que realizan el diagnóstico o tratamiento del paciente, y el art. 17.4 añade que la misma debe estar integrada unitariamente por todos los datos que los facultativos entiendan que son trascendentes para garantizar una labor asistencial adecuada al paciente y además, en el caso de las Mutuas, tienen el derecho y obligación de conocer los resultados de los reconocimientos médicos que se efectúen a los trabajadores.

Esta Sala, conforme a dichos principios de racionalidad y de unidad de historias clínicas que derivan de los preceptos que se acaban de reseñar, y conforme lo que a continuación se pasa a exponer, considera que no se ha producido, en el supuesto, una cesión ilegítima de datos, por parte de “Mutua de accidentes de trabajo F.”, encuadrable en el artículo 44.4.b) de la LOPD.

Entendemos que la interpretación del término “conclusiones” del artículo 22.4 de la LPRL que se efectúa en la resolución impugnada, tan ceñida a su tenor literal, es contraria al correcto desarrollo de las funciones que, en materia preventiva, la Ley encomienda a las Mutuas de Trabajo y Enfermedades Profesionales (artículos 68 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social, y artículos 69 y siguientes del RD 1993/1995, de 7 de diciembre).

De otra parte, tal imposible comunicación de datos postulada por la AEPD en el presente caso, podría dificultar la adecuada y eficaz gestión racional de la sanidad y de la

prestación de la asistencia sanitaria, a las que ya se ha hecho mención, máxime en un supuesto como el presente, en que la información médica comunicada por "Mutua de accidentes de trabajo F." a la empresa "V., S.A." revestía esencial importancia a efectos de la aptitud laboral del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo en esta última.

Consideramos, por todo ello, y dadas las especiales circunstancias concurrentes, que en el presente supuesto la cesión de datos producida se encuentra amparada en el artículo 11.2.a) LOPD, y que tiene una finalidad legítima, cual es la que hace referencia a la correcta aplicación de la normativa sobre Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales mencionada e, indirectamente, a la prevención del fraude, por lo que no es exigible el consentimiento del trabajador denunciante.

Procede, por todo ello, la estimación de la pretensión de la demanda con revocación de la sanción de 300.506,05 euros impuesta a la entidad aseguradora en la resolución impugnada.

**SÉPTIMO.-** No concurren las causas expresadas en el art. 139 de la LJCA para la imposición de las costas a ninguna de las partes.

### FALLO

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "Mutua de accidentes de trabajo F.", Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 22 de noviembre de 2005 que desestima el recurso de reposición frente a la anterior resolución de 6 de octubre que acuerda imponer a dicha entidad actora dos sanciones, una por importe de 60.101,21 euros y otra por importe de 300.506,05 euros, anulamos dichas resoluciones y sanciones, dada su disconformidad a Derecho, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Publicación.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe.

SENTENCIA TSJ DE CASTILLA - LA MANCHA, DE 12 DE MARZO DE 2009



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

CR  
Reclamación contenciosa  
susceptible recurso

25 MAR 2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA  
SALA DE LO SOCIAL  
ALBACETE

SECCIÓN SEGUNDA

Recurso nº 782/08.-

Ponente: Sr. Montiel González.

Iltmo. Sr. D. José Montiel González  
Presidente  
Iltma. Sra. D<sup>a</sup>. Petra García Márquez  
Iltma. Sra. D<sup>a</sup> Luisa M<sup>a</sup> Gómez Garrido  
Iltmo. Sr. D. Eugenio Cárdenas Calvo

En Albacete, a doce de marzo de dos mil nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A      N° 445**

En el Recurso de Suplicación número 782/08, interpuesto por SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, de fecha 7 de febrero de 2008, en los autos número 429/07, sobre Reintegro de Prestaciones, siendo recurrida MONTSERRAT CAMACHO GARCIA.

Es Ponente el Iltmo. Sr. D. José Montiel González.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: Que estimando la demanda promovida por DOÑA MONTSERRAT CAMACHO GARCIA contra el SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM), declaro el derecho de la actora a la percepción de la prestación de tratamiento de fertilidad,

SESCAM  
Est.



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración".

SEGUNDO.- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

*PRIMERO: Por resolución de fecha de 11-06-07, del SESCAM, resuelve desestimar la reclamación previa interpuesta por D. Emiliano Rubio Gómez en representación de la actora frente al escrito de fecha de 26-04-2.007 dictado por la Oficina Provincial de Prestaciones del SESCAM por el que se autorizó y financió a la reclamante por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha un ciclo de fecundación in vitro, conforme a los criterios establecidos por la Comisión Regional de seguimiento de la fecundación in vitro y técnicas relacionadas.*

*SEGUNDO: La actora es beneficiaria del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, y, como tal tiene derecho a los tratamientos de fertilidad que establezca la normativa que los regula, con independencia de los tratamientos de la misma clase que la poderdante hubiese realizado a través de una institución privada.*

*TERCERO: Se ha agotado la vía previa.*

TERCERO.- Que, en tiempo y forma, por la parte demandada, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

**PRIMERO.-** En el único motivo de recurso, amparado en el art. 191 c) de la LPL se denuncia infracción de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, Técnicas de reproducción humana asistida, al considerar el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) que la denegación a la actora de la realización de más ciclos de fecundación in Vitro, es ajustada a los criterios establecidos con carácter previo por la Comisión Regional de Técnicas de reproducción.

Según resulta del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, la actora se sometió a dos ciclos de tratamiento de fertilidad (ICSI) en una clínica privada, y posteriormente se sometió a un tercero con cargo a la Sanidad Pública, todos ellos con resultado negativo; y solicita en su demanda ser sometida a nuevos tratamientos, en las mismas condiciones que el resto de beneficiarias del Sescam, sin que se considere, como elemento excluyente, la circunstancia de que con anterioridad haya recibido dicho tratamiento en una clínica privada a su exclusivo cargo.

La cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, establecida por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, incluye, en el apartado 5.3.8., del Anexo III, la reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud: Inseminación artificial; fecundación «in vitro» e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos.

Por su parte, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción humana asistida, específicamente establece en el apartado 1 del art. 3 de la Ley indica que "Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación".

Según el art. 20.4 e) de la misma Ley, compete a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida informar sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en la Ley o directamente relacionadas con la reproducción asistida; teniendo la consideración de comisiones de soporte y referencia de tal organismo, las comisiones homólogas que se constituyan en las Comunidades Autónomas (art. 20.6 de la Ley).



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Finalmente, por Resolución de 08/07/2003, del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (DOCM de 28/07/2003), se constituye la Comisión Regional del seguimiento de la fecundación in Vitro y técnicas relacionadas, entre cuyas competencias se encuentran el análisis, estudio y resolución de los casos que para estas técnicas se presenten en los Centros y Servicios Sanitarios de Castilla-La Mancha.

En uso de tales facultades, la Comisión Regional ha elaborado un cuadro de las prestaciones dispensadas por el SECAM en materia de Reproducción Humana Asistida y las condiciones bajo las cuales se autorizan; estableciéndose en el apartado B.3 del mismo que "En cuanto al número de ciclos de fecundación in Vitro, en este momento se recomiendan y contemplan tres ciclos de FIV, atendiendo al criterio de equidad; (se contabilizan los realizados previamente a la solicitud, en centros públicos o privados) y edad de la mujer debe ser menor de 40 años".

La actora ya ha estado sometida a tres ciclos de tratamiento de fertilidad (ICSI), dos previos en centros privados y un tercero financiado por el Sescam, por lo que, de conformidad con los criterios de actuación establecidos por la Comisión Regional antes citados, no tendría derecho a que la sanidad pública le sufrague nuevos intentos de reproducción asistida.

La circunstancia de que los dos primeros intentos se hayan realizado en clínicas privadas, a costa de la demandante, no desvirtúa la necesaria contemplación de los criterios y condiciones de aplicación de la reproducción asistida antes mencionados, pues ésta sólo debe realizarse "cuando haya posibilidades razonables de éxito", según dice el art. 3.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo; y "de acuerdo con los programas de cada servicio de salud", conforme al apartado 5.3.8., del Anexo III, Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, normas antes citadas.

En ese mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007, al señalar que "la sanidad pública viene obligada a prestar aquella asistencia sanitaria sobre la que exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autovalimiento y eliminación del dolor y el sufrimiento. Y, por el contrario, dicha obligación no puede ser apreciada cuando se trate de prestaciones en las que no concurren las indicadas circunstancias".

El establecimiento de un límite de intentos de reproducción asistida no resulta caprichoso, sino que viene avalado por la literatura científica aportada a las



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

actuaciones, que pondría de manifiesto que el tratamiento resulta ineficaz si con tres intentos no se obtienen resultados; y justificado por el alto coste del tratamiento, que no permite destinar recursos económicos limitados para la práctica de una técnica que se he revelado ineficiente.

Por todo ello, debe estimarse el recurso formulado y revocarse la sentencia de instancia, puesto que la Resolución de 11 de junio de 2007 del Sescam es conforme a derecho.

### F A L L A M O S

Que estimando el Recurso de Suplicación número 782/08, interpuesto por SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, de fecha 7 de febrero de 2008, en los autos número 429/07, sobre Reintegro de Prestaciones, siendo recurrida MONTSERRAT CAMACHO GARCIA y revocando la expresada resolución, debemos absolver y absolvemos a la entidad demandada de la pretensión ejercitada en su contra por la actora.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete), haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Albacete), dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la Sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral. La consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por la parte recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente nº 0044 0000 66 0782 08, que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete) tiene abierta en el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, Oficina número 3.001, sita en la calle Marqués de Molins, nº 13 de Albacete, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300 €), que deberá



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

ingresar en la Cuenta número 2410 del BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, Sucursal de la calle Barquillo, nº 49 (clave oficina 1.006) de Madrid, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de dicha Sala IV del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella.

Expídanse las Certificaciones oportunas para su unión a los autos y al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.