

## ACTUALIDAD JURÍDICA

	<u>Página</u>
<b>1. <u>LEGISLACIÓN</u></b>	
 Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre salud mental	<a href="#">3</a>
 Comunicación de la Comisión sobre igualdad entre mujeres y hombres	<a href="#">3</a>
 Modificación del Reglamento sobre aplicación de los regímenes de SS a trabajadores por cuenta ajena, propia y a miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad	<a href="#">3</a>
 Modificación del Reglamento sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variación de datos de trabajadores en la SS, cotización y liquidación de otros derechos de la SS y sobre colaboración de mutuas de AT y EP de la SS	<a href="#">4</a>
<b>2. <u>CUESTIONES DE INTERÉS</u></b>	
<b>PERSONAL:</b>	
 Las previsiones de la RPT vinculan a las bases de la convocatoria: Sentencia TSJ de C y L	<a href="#">5</a>
 Potestad sancionadora por intrusismo en la profesión médica: Sentencia TC	<a href="#">5</a>
 Trienios: El TSJ de C-LM aplica la normativa estatutaria y no el EBEP	<a href="#">6</a>
<b>CONTRATACIÓN:</b>	
 Imposibilidad de impugnar los pliegos en la adjudicación del contrato: Sentencia TS	<a href="#">6</a>
 La suspensión del contrato, tanto en parte como en su totalidad, da lugar a indemnización al contratista: Sentencia TS	<a href="#">7</a>
<b>RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:</b>	
 El valor del consentimiento informado verbal: Sentencia TSJ Madrid	<a href="#">7</a>
<b>PROTECCIÓN DE DATOS:</b>	
 Acceso a Historia Clínica sin fines asistenciales: Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca	<a href="#">8</a>
<b>RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN:</b>	
 Anulación de Circular por participar de naturaleza jurídica de una disposición de carácter general: Sentencia TS	<a href="#">8</a>
<b>COLEGIACIÓN:</b>	
 Colegiación no obligatoria para los empleados públicos: STSJ de Madrid	<a href="#">9</a>
<b>3. <u>FORMACIÓN Y PUBLICACIONES</u></b>	
 Seminario práctico "control financiero y auditoría del área de personal de las Administraciones y Entidades Públicas	<a href="#">10</a>
 Manual para licitadores y contratistas del sector público	<a href="#">10</a>
 La Ley de Administración Electrónica	<a href="#">10</a>
 El Derecho de los contratos del sector público	<a href="#">11</a>

## BIOÉTICA y SANIDAD

# S U M A R I O

### 1. CUESTIONES DE INTERÉS

- ☞ Informe sobre la situación de salud y de los servicios sanitarios de las CCAA [12](#)
- ☞ Ética de la Sedación en la agonía [12](#)
- ☞ Estudio sobre la seguridad de los pacientes en Atención Primaria de Salud [13](#)
- ☞ La atención a la dependencia: Régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario [13](#)
- ☞ Manual de ética médica de la asociación medica mundial [13](#)
- ☞ Trastornos del comportamiento alimentario en adolescentes [14](#)

### 2. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- 📖 Cátedra de Bioética Jerome Lejeune [15](#)
- 📖 III Edición de los Premios a la Calidad en el SNS [15](#)
- 📖 Becas para estudios de investigación en Bioética [16](#)
- 📖 XIª Convocatoria del Premio de Investigación sobre Bioética [16](#)
- 📖 II Edición del Diploma Superior en Admisión y Documentación Clínica [16](#)
- 📖 Convocatoria para presentación de proyectos y subvención de conferencias del programa de salud 2008-2013 de la Comisión Europea [17](#)
- 📖 Jornada Técnica: Gasto Farmacéutico como oportunidad de inversión en salud e investigación [17](#)
- 📖 Gestión sanitaria. Calidad y seguridad de los pacientes [17](#)

# ACTUALIDAD JURÍDICA

## LEGISLACIÓN

- Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la salud mental.

*Texto completo:* <http://www.europarl.europa.eu>

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre Igualdad entre mujeres y hombres - 2009.

*Texto completo:* <http://eur-lex.europa.eu>

- Reglamento 120/2009 de la Comisión de 9 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad

- o D.O.U.E, de 10 de febrero de 2009, L39/29

- Real Decreto 328/2009, de 13 de marzo, por el que se modifican el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero; el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre; y el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.
  - o B.O.E. núm. 75 de 28 de marzo de 2009, pág. 29643

# CUESTIONES DE INTERÉS

## PERSONAL:

- Las previsiones de la RPT vinculan a las bases de las convocatorias.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, DE 25 DE ENERO DE 2008

En la medida en que las bases de la convocatoria se ajustan a las previsiones contenidas en la Relación de Puestos de Trabajo aquellas son válidas, y por tanto mientras no se anule la RPT, esta vincula a las Bases de las convocatorias que puedan producirse, lo que supone que estas son conformes a derecho en tanto se ajusten a las previsiones de la RPT, previsiones que en el recurso enjuiciado nadie impugnó.



*Texto completo:*

- No existe sanción por intrusismo, porque la normativa aplicada por la Administración no permite configurar un tipo de infracción suficientemente determinado.

El Servicio Canario de Salud sanciona a uno de sus médicos por la realización de actividades quirúrgicas en el ámbito de la cirugía plástica y reparadora por carecer del título de especialista ya que esta conducta está tipificada como infracción muy grave en la Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias (el ejercicio de cualquier actividad para la que se exija título o habilitación profesional sin contar con el que sea exigible), mencionando así mismo el ya derogado RD 127/84. La sanción es confirmada por la Consejería y su posterior recurso contencioso desestimado, por lo que decide acudir en amparo ante el TC por haberse vulnerado su derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25 de la CE). El TC considera que, en efecto, la normativa aplicada por la Administración no permite configurar un tipo de infracción suficientemente determinado, pues ¿a caso la normativa recoge un elenco de funciones y actividades propias de esta especialidad?. En definitiva que no se determina en qué consistía la infracción.

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

- **Trienios: El TSJ de Castilla la Mancha aplica la Normativa Estatutaria y no el EBEP**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILA - LA MANCHA, DE 23 DE MARZO DE 2009. SENTENCIA 76**

Con el Estatuto marco y el EBEP como telón de fondo, la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla-La Mancha aborda una materia especialmente conflictiva como es el reconocimiento de trienios al personal estatutario temporal. Frente al criterio sostenido por el juez de instancia, que fundamenta el reconocimiento del derecho al percibo de trienios sobre la supuesta derogación del art. 44 del EM por el EBEP, la Sala (y éste es el aspecto más destacable de la sentencia), se desmarca totalmente de semejante razonamiento, y confirma la aplicación del art. 44 del EM.



*Texto completo:*

**CONTRATACIÓN:**

- **Imposibilidad de impugnar los pliegos por parte de los licitadores en la adjudicación del contrato, por no haberlo impugnado en tiempo y forma.**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 27 DE DICIEMBRE DE 2007**

El TS recuerda su reiterada doctrina sobre la naturaleza contractual de los pliegos de cláusulas que rigen la licitación de un contrato administrativo y, en consecuencia, la imposibilidad de que la adjudicación del contrato se impugne sobre la base de la nulidad de los pliegos por parte de aquellos licitadores que concurren al concurso sin haberlos impugnado (doctrina de los actos propios). En el supuesto examinado por esta sentencia, el TS considera que los pliegos en cuestión eran contrarios a Derecho al establecer como criterio de adjudicación lo que en realidad sería un criterio de justificación de la capacidad técnica y profesional. Además, entiende que esos criterios podrían resultar contrarios al principio de igualdad y, por ende, al derecho fundamental recogido en el artículo 14 de la Constitución. No obstante, considera que la no impugnación en tiempo y forma de los pliegos por parte de los licitadores representó la aceptación de aquellos criterios, sin que pueda anularse la adjudicación por haberse basado en ellos.

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

- La suspensión del contrato, tanto en parte como en su totalidad, da lugar a indemnización al contratista.

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 2 DE ABRIL DE 2008

Es objeto de esta Sentencia el litigio entre un contratista de obras y la Administración contratante que suspendió, en más de una ocasión, la ejecución de dichas obras, tanto de forma parcial como total. El contratista solicitó una indemnización de daños y perjuicios con motivo de dicha suspensión al amparo del artículo 102 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actual artículo 203 de la Ley de Contratos del Sector Público), y la Administración la rechazó por entender que el derecho a indemnización solo está previsto para los casos en los que la suspensión afecta a la totalidad de la obra.

El Tribunal Supremo considera que la expresión «suspensión del contrato», puede referirse, tanto a la totalidad, como a una parte del contrato, y por tanto en cualquiera de ambos casos existiría el derecho del contratista a ser indemnizado.

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

#### RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:

- El valor del consentimiento informado verbal

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 4 DE JUNIO DE 2008

Hay que suponer, teniendo en cuenta todo lo que consta en el expediente administrativo, que hubo consentimiento informado verbal. La paciente sabía el tipo de intervención a que iba a ser sometida, y lo sabía, sin duda, porque el personal facultativo le había explicado debidamente la perentoriedad de su práctica, el alcance y conveniencia de llevarla a cabo; es decir, se le había informado "oralmente" del tipo de intervención quirúrgica a realizar y esta información oral otorga plena validez del consentimiento prestado.

Ya hay Sentencias de la Audiencia Nacional que dicen que puede presumirse que existió consentimiento oral por los informes del Jefe de Servicio incorporados al expediente administrativo.



*Texto completo:*

## PROTECCIÓN DE DATOS:

- Acceso a la historia clínica sin fines asistenciales

### SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sentencia de 11 de febrero de 2009) ha condenado a un médico de atención primaria a 3 años y tres meses de prisión, multa, e inhabilitación de 9 años por acceder a la historia clínica de un compañero, sin finalidad asistencial, utilizando para ello su clave para el acceso al programa de historia clínica electrónica.

El médico, Coordinador de un EAP, alegó que el acceso a la historia clínica de un compañero tenía como finalidad conocer quién era el médico de cabecera de ese compañero para cambiar impresiones con él de cara a solucionar una serie de problemas laborales.

El sistema de historia clínica electrónica guarda los registros de acceso. Estos han sido los que han servido para demostrar que el coordinador del EAP accedió a la historia clínica de su compañero sin su consentimiento y sin que mediara un motivo asistencial.



*Texto completo:*

## RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES:

- Anulación de la Circular 1/2002, de 25 de noviembre, sobre ordenación de la visita médica, por participar de naturaleza jurídica de una disposición de carácter general

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 25 DE JUNIO DE 2008

El TS rechaza el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia que anuló diversos apartados de la circular 1/2002, sobre ordenación de la visita médica y otras actividades de promoción de medicamentos de la red sanitaria única de utilización pública de la CAM. La Sala considera que dicha Sentencia se ajusta a la legalidad vigente cuando anula parcialmente la circular 1/2002, al carecer de competencia la Dirección General de Sanidad y Productos Sanitarios, y señala que el órgano competente sería el Consejero único órgano que ostenta la potestad reglamentaria en el ámbito de las competencias de la Consejería, ya que el contenido de la Circular invade el campo propio de las disposiciones administrativas de carácter general.

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

## COLEGIACIÓN:

- Colegiación no obligatoria para los empleados públicos

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 31 DE ENERO DE 2008.  
SENTENCIA Nº 90/2008

Por lo que se refiere a la exigencia de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos o del personal que presta su servicio en el ámbito de la Administración pública, el Tribunal Constitucional afirmó que «es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos... de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración pública, sin pretender ejercer privadamente, con lo cual viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos (STC 69/1985)». En tales supuestos, «la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los colegios profesionales. Corresponde, pues, al legislador y a la Administración pública, determinar por razón de la relación funcional con carácter general, en qué supuestos y condiciones, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado» (STC 131/1989, de 17 de julio; doctrina que reitera la STC 194/1998). Y al respecto se recuerda también en la última de las Sentencias citadas que «la obligación de incorporación a un colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios».



*Texto completo:*

# FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- Seminario Práctico “Control financiero y auditoria del área de personal de las Administraciones y Entidades Públicas”.

LA FUNDACIÓN PARA LA FORMACIÓN E INVESTIGACIÓN EN AUDITORÍA DEL SECTOR PÚBLICO (FIASEP) prepara un seminario práctico, con el fin de adquirir el conocimiento de los aspectos específicos de la regulación del área de personal de las Administraciones y Entidades Públicas, su gestión, contabilización y control interno y, como se desarrollan los procedimientos de trabajo para la revisión y auditoria.

*Más información:* <http://www.fundacionfiasep.org>

- Manual para licitadores y contratistas del sector público.

Este manual está pensado para aquellos usuarios que se aproximan a la contratación del Sector Público y quieren conocer algunas pautas para realizar trámites concretos de los que componen el procedimiento de contratación.

En el se han diseñado una serie de formularios que se corresponden con los trámites esenciales que componen el procedimiento de contratación y se han introducido en cada uno de ellos las referencias normativas y jurisprudenciales o de los órganos de consulta en materia de contratación administrativa que se considera que pueden orientar de una forma definitiva la realización del correspondiente trámite.

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

- La Ley de Administración electrónica

Con la aprobación de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, se hace evidente que el cauce principal de la actividad administrativa va a ser la Administración electrónica, por lo que las Administraciones Públicas deberán adaptar su actividad de gestión a las enormes posibilidades que ofrece la tecnología a la hora de prestar mejores servicios de forma más eficaz y eficiente. Esta obra aborda el estudio de esta Ley a fin de exponer el nuevo régimen legal con claridad y resolver las dudas de interpretación que suscita un texto tan rico, complejo y relevante para nuestro ordenamiento jurídico.

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

---

- El derecho de los contratos del sector público

Monografía de la revista aragonesa de Administración Pública que trata de todo lo que tiene que ver con el derecho de los contratos del sector público, tratado por varios profesionales de la Administración.

Más información: <http://www.logi-libros.com>

# BIOÉTICA y SANIDAD

## CUESTIONES DE INTERÉS

- Informe sobre la situación de salud y de los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas.

Interesante informe que analiza la situación de salud en las diferentes Comunidades Autónomas, desde el punto de vista normativo en cada una de ellas, dando a conocer la relación que existe entre el sistema sanitario público y el privado, la participación ciudadana, la extensión de los titulares del derecho que cada Comunidad regula en sus Leyes de Ordenación Sanitaria, el gasto sanitario autonómico, así como la exposición que hace sobre la carrera profesional o las privatizaciones de los servicios sanitarios autonómicos, manifestando los principales problemas detectados y finalizando con unas conclusiones y recomendaciones para que los servicios de salud de todas las Comunidades Autónomas sean más homogéneos.

*Texto Completo:* <http://external.doyma.es>

- Ética de la sedación en la agonía

La Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, ha aprobado el día 21 de febrero de 2009, la Declaración sobre ética de la sedación en la agonía, elaborada por la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico.

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

- **Estudio sobre la seguridad de los pacientes en Atención Primaria de Salud**

El estudio Apeas ha sido realizado a través de un convenio entre la Universidad Miguel Hernández y el Ministerio de Sanidad y Consumo. Siendo uno de los primeros estudios que se ocupa de la problemática de los efectos adversos en Atención Primaria, en él se ha abordado el análisis de la frecuencia y tipo de ellos, ofreciendo unos resultados que ponen de relieve que la práctica sanitaria en Atención Primaria es razonablemente segura, la frecuencia de efectos adversos es baja y predominan los de carácter leve.

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

- **La atención a la dependencia: Régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario.**

Con este artículo, el autor realiza un largo recorrido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, analizando tanto el problemático encaje material como constitucional, así como las carencias y dificultades que entraña la aplicación de la misma. Proponiendo un modelo de atención sociosanitario conjunto mediante una integración funcional de los servicios sociales y sanitarios, sobre todo los de atención primaria (centros de día y comunitarios que ofrezcan la generalidad de los servicios con el objetivo de mantener al dependiente en su entorno familiar y social habitual) y ofrecido por medio de profesionales de enfermería y de trabajadores sociales.

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

- **Manual de ética médica de la asociación medica mundial**

La Asociación Médica Mundial ha elaborado el Manual de Ética Médica mediante el cual se hace referencia a una introducción básica a la ética médica y a algunos de sus temas más importantes y busca proporcionar una apreciación de la necesidad de tener una reflexión continua acerca de la dimensión ética de la medicina, en especial sobre cómo abordar los problemas éticos que el médico se enfrentará en el ejercicio de su profesión.

*Texto Completo:* <http://www.wma.net/>

## - Trastornos del comportamiento alimentario en adolescentes

Con este artículo el lector tendrá la oportunidad de adentrarse en el núcleo y estructura de una de las grandes paradojas de nuestra época: mientras que la mitad del mundo padece hambre, la otra mitad, bien provista de alimentos, se esfuerza, en ocasiones neuróticamente, por llegar a la extrema delgadez. Cuando los intentos de modificar el peso afectan a la nutrición, pueden aparecer los llamados trastornos de la conducta alimentaria (TCA): anorexia nerviosa, bulimia nerviosa, trastorno por atracones y otros no especificados. De ello nos habla el autor, así como de los factores que influyen en estas conductas y de que la solución reside en un cambio de conducta tanto de ellos como de los familiares.

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

# FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

## - Cátedra de Bioética Jerome Lejeune.

El objetivo de esta cátedra es investigar los códigos de la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural. En sus cursos se tratará objetivamente el estado actual de la investigación con células troncales (células madre) y se analizará la legislación española respecto al inicio y final de la vida (aborto, fecundación *in vitro*, eutanasia).

Los cursos van dirigidos a todo aquel que desee recibir una formación básica en estas cuestiones que le permita discernir y argumentar sobre ellas.

Durante el año 2009 se impartirán cuatro cursos de formación en el ámbito de la Bioética, el primero de ellos a partir del próximo 30 de marzo.

*e-mail:* [info@ceb.edu.es](mailto:info@ceb.edu.es)

*Teléfono:* 917395254

*Más información:* <http://www.hazteoir.org>

## - III Edición de los premios a la calidad en el Sistema Nacional de Salud

El Ministerio de Sanidad y Consumo convoca -a través de la Orden SCO/715/2009, de 9 de marzo- los Premios a la Calidad en el Sistema Nacional de Salud 2008, con estos premios estimular buenas prácticas en el Sistema Nacional de Salud, así como servir de canal difusor para que sean compartidas. Por tercer año consecutivo serán premiadas: La Mejora de la Calidad Global Asistencial, las Mejores Prácticas Clínicas, la Transparencia, y la Calidad e Igualdad.

*Más información:* <http://www.sibi.org>

## - Becas para estudios de investigación en bioética

La Fundació Víctor Grífols i Lucas convoca cuatro becas para realizar proyectos de manera individual o colectiva relacionados con la bioética y sus aplicaciones prácticas.

**Plazo de presentación:** Hasta el 31 de mayo de 2009

**Dotación económica:** 5.000 €

**Más información:** <http://www.fundaciogrifols.org>

## - XIª Convocatoria del premio de investigación sobre bioética

La Fundació Víctor Grífols i Lucas convoca un premio con el fin de promover la investigación en el campo de la bioética y sus aplicaciones para trabajos inéditos o publicados desde 2007.

**Plazo de presentación:** Hasta el 31 de mayo de 2009

**Dotación económica:** 6.000 €

**Más información:** <http://www.fundaciogrifols.org>

## - II Edición del Diploma Superior en Admisión y Documentación Clínica

El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), en colaboración con la Consejería de Salud y Bienestar Social de Castilla-La Mancha, a través del Instituto de Ciencias de la Salud (ICS), y la Escuela Nacional de Sanidad (ENS) - Instituto de Salud Carlos III (ISCIII) organiza la II Edición del Diploma Superior en Admisión y Documentación Clínica, que consta de 8 módulos, con un total de 640 horas de trabajo lectivo, en formato tanto presencial como online y con un número máximo de plazas ofertadas de 30.

**Más información:** En la sede del Instituto de Ciencias de la Salud (ICS)  
Ctra. Extremadura Km.114,1  
45600 Talavera de la Reina  
Telf.:925 839 200 Fax:925 804 762  
[solicitudesics@jccm.es](mailto:solicitudesics@jccm.es)

- Convocatoria para la presentación de proyectos y subvención de conferencias del programa de salud 2008-2013 de la Comisión Europea.

*Más información:* <http://eur-lex.europa.eu/>

- **Gestión sanitaria. Calidad y seguridad de los pacientes**

La edición de este libro supone poner en manos de los gestores, planificadores y clínicos una herramienta fundamental en el desarrollo de iniciativas relacionadas con la mejora de la seguridad y la calidad de la asistencia sanitaria, pues consigue aunar conocimiento y divulgación a lo largo de su completo contenido, reuniendo para ello, entre sus autores, a la mayor parte de los profesionales españoles comprometidos con esta área de conocimiento. La Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud, del Ministerio de Sanidad y Consumo (España) avala y recomienda esta publicación por que se alinea plenamente con su estrategia en seguridad del paciente, desarrollada dentro del Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud.

**Autores:** Jesús M<sup>a</sup> Aranaz Andrés, Carlos Aibar Remón, Julián Vitaller Burillo, José J. Mira Solves

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

- **Jornada Técnica. Gasto Farmacéutico como oportunidad de inversión en salud e investigación**

El SESCAM junto con la Consejería de Salud y Bienestar Social, en colaboración con la Universidad de Castilla-La Mancha y el patrocinio de Bayer Schering Pharma, han organizando una **Jornada Técnica** que se llevará a cabo el próximo **20 de abril en Toledo**, con el fin de analizar el gasto farmacéutico como oportunidad de inversión en salud e investigación.

*Más información:* <http://sescam.jccm.es/>



**AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA**

**Sección nº 001**

**Rollo: Procedimiento Abreviado 15 /2008**

Órgano Procedencia: JDO.1A.INST. E INSTRUCCION N.2 de MANACOR

Proc. Origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO nº 824 /2007

**SENTENCIA núm. 11/2009**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**

**DOÑA MARGARITA BELTRÁN MAIRATA**

**DON CARLOS IZQUIERDO TÉLLEZ**

**DOÑA CRISTINA DÍAZ SASTRE**

En PALMA DE MALLORCA, a once de Febrero de dos mil nueve.

La Audiencia Provincial de esta capital ha visto en juicio oral y público, tramitado por el procedimiento abreviado, la causa procedente del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Manacor, por delito de Descubrimiento de Secretos, seguido contra  
con D.N.I. nº , mayor de edad, nacido el día ( ), sin antecedentes penales, no privado de libertad por esta causa, habiendo sido partes en el procedimiento: el Ministerio Fiscal como representante de la acusación pública, representado por el Ilmo. Sr. D. como Acusación Particular, representado por la Procuradora Sra. Dña. y defendido por el Letrado Sr. D. y el acusado que ha estado representado por el Procurador Sr. D. y defendido por el Letrado Sr. D. habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que la presente causa se inició en virtud de denuncia que, remitida al Juzgado de Instrucción de Manacor, determinó la incoación de las correspondientes Diligencias Previas, transformándose en el correspondiente Procedimiento Abreviado luego de practicarse las acordadas por dicho Juzgado, decretándose la apertura del juicio oral a instancia del Ministerio Fiscal y la Acusación Particular y remitiéndose después las actuaciones a esta Audiencia, donde se formó el Rollo correspondiente y, tras admitirse la prueba propuesta y declarada pertinente, se señaló día y hora para la celebración del juicio oral.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones definitivas, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de descubrimiento de secretos, del artículo 197.2 y 5, en relación al 197.1, y artículo 198 del Código Penal, del que es responsable en concepto de autor el acusado, sin circunstancias, interesando la imposición de la pena de 3 años y 3 meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa de 20 meses, con una cuota diaria de 6 euros, inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión médica por tiempo de 6 años y pago de costas.

**TERCERO.-** La Acusación Particular, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de descubrimiento de secretos, del artículo 197.2 y 5, en relación al artículo 198 y 74.2, todos ellos del Código Penal, del que es responsable en concepto de autor el acusado, sin circunstancias, interesando que se le impusiera la pena de 4 años de prisión, multa de 24 meses, con una cuota diaria de 6 euros, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años, y pago de costas, incluidas las devengadas por la propia Acusación Particular. En el orden civil interesó la condena del acusado al pago, en concepto de indemnización por el daño moral causado, de la suma de 6.000'00 euros.

**CUARTO.-** La Defensa del acusado, en igual trámite, interesó la libre absolución de su patrocinado, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de oficio de las costas procesales causadas.



QUINTO.- La presente resolución no ha podido ser dictada dentro del plazo legal, debido a la acumulación de asuntos de atención preferente.

### HECHOS PROBADOS

El acusado \_\_\_\_\_, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de médico del Ib-Salut y coordinador del Centro de Salud de la localidad de \_\_\_\_\_ accedió en dos ocasiones, a través del programa informatizado de consulta clínica, al historial clínico del también médico en el mismo \_\_\_\_\_ y obtuvo así el dato allí registrado referente al nombre de su médico de cabecera. Dichos accesos, producidos sin conocimiento ni autorización de aquél y sin que existiera entre ambos ninguna relación asistencial, tuvieron lugar en los días y horas siguientes: el primero, que el acusado ejecutó directamente desde el terminal informático de su despacho, a las 15:34:06 horas del día 06.10.05; el segundo, realizado por la \_\_\_\_\_ por orden expresa y directa del acusado, a las 17:41:43, 17:41:51 y 17:42:57 horas del día 20.04.06.

El modo en que dichos accesos fueron realizados a través del programa informático consistió, en ambos casos, en introducir informáticamente el nombre del \_\_\_\_\_ en la hoja informatizada de pacientes del día del médico acusado y, desde ella, acceder la pantalla en la que aparecen, entre otros, el icono "ficha del paciente", introducirse en él y visualizar el dato referido.

No consta debidamente acreditado que, además, accediera a algún otro dato de la historia clínica del \_\_\_\_\_.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Valorando en su conjunto y del modo ordenado por el art. 741 LECrim las pruebas practicadas en el Juicio Oral se obtiene razonablemente la convicción de que los hechos enjuiciados, relatados con la cualidad de probados, son legalmente constitutivos de un delito de acceso a datos reservados de carácter personal, previsto y penado en el artículo 197, apartado 2º, inciso final, del Código Penal, en relación al 198 del mismo cuerpo legal, en la continuidad delictiva prevista en el artículo 74, del propio Código. Así se concluye



considerando, de un lado, que la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular lo ha sido, como se analizará a continuación, en grado suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que el art. 24.2 de la Constitución Española reconoce a toda persona acusada; y, de otro, que dicha prueba ha sido producida en el acto del juicio con pleno respeto a la garantía derivada de la aplicación y observancia de los principios de inmediación, oralidad, concentración, publicidad, contradicción efectiva, igualdad de partes y asistencia letrada, lo que la hace idónea para el fin propuesto.

Antes de proceder al análisis crítico de los distintos medios de prueba practicados resulta obligado señalar, por lo que al objeto de este proceso penal se refiere (concretado al acceso no autorizado a datos reservados de carácter personal de otra persona registrados en ficheros o soportes informáticos, que se imputa al acusado), que el artículo 197. 2º del Código Penal castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, tanto al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado; como a quien, sin estar autorizado, *acceda por cualquier medio* a los mismos (datos reservados de carácter personal o familiar de otro) y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Sobre dicha infracción punible la jurisprudencia viene considerando que se trata, naturalmente, un delito doloso, pero no de tendencia, bastando que el sujeto se represente la posibilidad de que cualquier persona pudiera resultar afectada por la utilización de los datos, sin exigir un ánimo específico de perjudicar a tercero (sentencias de 18 de febrero de 1999 y 9 de octubre de 2000). También considera que el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características, sin distinción, porque todos son merecedores de protección penal.

Por lo que respecta al número 5º del mismo artículo, al que se han referido las acusaciones, pero que entendemos no aplicable al caso, por las razones que luego se expondrán, ordena imponer la pena en su mitad superior cuando el hecho afecte a datos de carácter personal que revelen circunstancias especialmente sensibles: ideología, religión, creencias, *salud*, origen racial o vida sexual.

Y, finalmente, el artículo 198 del Código Penal establece una modalidad agravada por la cualidad del autor, que ostenta la condición de funcionario público pero actúa como un particular, esto es, fuera del ejercicio de su cargo pero prevaleciéndose de tal carácter (debiendo



imponerse en tal caso la pena correspondiente en su mitad superior, además de la inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 12 años).

Por último, debe señalarse que las acusaciones atribuyen a haber accedido en dos ocasiones a datos reservados de carácter personal de (en concreto, los que pudieran obrar en su historia clínica) registrados en ficheros o soportes informáticos (historia clínica informatizada). Tal acceso se habría producido por medios informáticos, es decir, a través del programa informático de consulta clínica empleado en el (suministrado por la Gerencia del Ib-Salud), en el que ambos trabajaban en aquellas fechas, ostentando la condición de funcionarios públicos y siendo el acusado, además, y siendo paciente de otro médico (en la época del primer acceso, el Dr. que trabajaba en el mismo Centro de Salud, y en la época del segundo acceso, el , que trabajaba en un Centro distinto). Así pues, y desde el prisma del tipo del artículo 197.2 del Código Penal (conforme al cual, para que se entienda cometido el delito, es preciso que quien accede a los datos reservados no esté autorizado a tal efecto y que el acceso se realice con la intención de perjudicar a tercero -en el caso a quien se refieren los datos de carácter personal-), han venido a sostener que la conducta del acusado tiene encaje en los referidos tipos penales.

**SEGUNDO.-** Ya en el examen de los concretos medios de prueba practicados comenzamos por la declaración del propio acusado.

ha explicado en el acto de la vista que él era médico, funcionario público y en las fechas en que se produjeron ambos accesos, hallándose entre sus funciones la planificación y organización del trabajo y recursos humanos (más concretamente, realizar las propuestas oportunas sobre estos extremos a la Gerencia de Atención Primaria, quien posteriormente las aprueba o rechaza). Reconoce haber realizado los dos accesos informáticos al historial médico de (el segundo a través de ), y explica que únicamente buscaba un dato administrativo a través del programa de consulta clínica, sin llegar a entrar en la "historia clínica" propiamente dicha del Dr. El dato que dice que buscaba -y que admite que obtuvo- era el nombre del médico de cabecera del resultando que a través del primer acceso (el de 06.10.05) conoció que dicho médico era el , empleado en el mismo Centro de Salud, y que, a través del segundo producido en fecha 20.04.06 (tras saber, por propia manifestación del , que éste ya no era su médico), que el médico de cabecera del era



el . . . . . Afirma que su interés en conocer el dato en cuestión (a través de ambos accesos) era contactar con el médico de cabecera con el fin de recibir de éste alguna impresión que pudiera servirle de orientación o ayuda para afrontar los problemas que había en el Centro a causa, entre otros motivos, del comportamiento del . . . . . (aclara en este punto que el médico de cabecera, respetando su deber de secreto, podría haberle dicho "se puede hacer esto, no se puede hacer nada, no te quiero o puedo decir nada -sobre la enfermedad-, etc"). Explica al respecto que en el Centro había una situación de tensión que, como coordinador y responsable, le preocupaba (incluida la seguridad propia y la del . . . . .) y estaba en la creencia de que en el sustrato de los problemas laborales había un problema médico (de salud) en el . . . . . Dicha creencia se basaba, según relata, en los antecedentes que conocía personalmente: una fuerte depresión con intento de autolisis del . . . . . en el año 1998, una queja formal del . . . . . ante el comité de salud laboral referida a que se encontraba mal psíquica y físicamente, así como la relación humana que se había establecido en su equipo de trabajo, que era de mucha tensión, e incluso la percepción de algunos comportamientos extraños del . . . . . (concretamente, destaca que como médico pudo advertir síntomas que le hicieron estar alerta: síntomas de sentirse agobiado, comportamiento de tapiar la puerta de atrás de su despacho temiendo que alguien entrara y le agrediera, le decía que le robaba unos folletos, llegó a interpretar como un gesto amenazador el simple hecho de portar un lápiz en la mano durante una conversación entre ambos, etc); circunstancias todas ellas que llegaron a preocuparle y le llevaron a buscar el nombre del médico, pero sin pretender conocer cuál era el problema de salud que pudiera tener el . . . . ., sino tener una orientación por el médico que le tratara (*"por si podía darme luz acerca de cómo enfocar el riesgo que representaba la situación humana que se daba en el centro, con los antecedentes que yo conocía"*, dice en su declaración). En definitiva: buscaba cómo resolver lo que afirma que era un problema (el comportamiento del . . . . . a quien quería ayudar, y así considera que lo demuestran los escritos posteriores -se refiere a la carta al periódico y al informe favorable al . . . . . según la documental aportada al inicio de la vista-) y, secundariamente, resolver el problema generado en el Centro.

Admite también en su declaración el acusado que había varios procedimientos para saber quién era el médico de cabecera del . . . . . preguntar directamente al . . . . . -cosa que dice que no se le ocurrió-, preguntar a la Gerencia los datos administrativos que buscaba, preguntar a algún compañero médico o personal sanitario del centro si alguien lo sabía y, finalmente, el procedimiento que utilizó, cual era el procedimiento informático que él mismo conocía y usaba a diario como profesional médico y obtenerlo preservando la investigación



que estaba llevando a cabo. El procedimiento le permitía conocer que el dato que buscaba estaba en el historial informatizado. Explica también que para conocer el dato referente al nombre del médico de cabecera no es necesario introducirse en la historia clínica. Y concretamente niega haberse introducido en la historia clínica del [redacted]. En concreto, señala que no "pinchó" en el icono "historia clínica", sino que se limitó, desde el programa de consulta clínica, a entrar en otro icono distinto, denominado "hojas de visita". De este modo, en su agenda informática quedó registrado que el [redacted] figuraba aquel día como paciente suyo (obviamente, sin serlo), circunstancia que dice que no intentó ocultar porque pensaba que no cometía ningún delito y porque, a su entender, como [redacted] pensaba que tenía derecho a llevar a cabo el acceso que realizó y además, ante la situación concreta que se producía en el centro, que tenía obligación de hacerlo.

Según su relato, el modo en que llevó a cabo el primer acceso fue el siguiente: desde la primera pantalla, el ordenador le pide el nombre de usuario, centro y su contraseña. Tras introducirlos, entró en el programa de consulta clínica y accedió al listado de pacientes asignados para ese día (entre los que no estaba el [redacted]). Entonces introdujo el nombre del [redacted] en esa pantalla, pese a no ser su paciente. El propio programa le advirtió que ese paciente no era de su cupo. Él asumió esta circunstancia y continuó. Una vez introducido en la hoja de visita accedió al nombre del médico (ficha del paciente) sin necesidad de acceder al icono "historia clínica" (HC), por lo que, una vez obtenido el nombre del médico, ya no continuó en busca de dato alguno sobre la salud, tratamiento, anamnesis, etc.

Sobre el segundo acceso, realizado por el mismo procedimiento, explica que lo efectuó porque tras consultar con el médico [redacted] éste le dijo que ya no era su médico.

Entiende, por último, que el nombre del médico de cabecera no es un dato protegido o a proteger.

**TERCERO.-** La declaración del acusado debe ser confrontada con el resto de la prueba practicada; en particular, las declaraciones testificales, la pericial y la documental.

I.- En cuanto a la prueba pericial concretada en la declaración del [redacted] (cuyo informe obra al folio 15 de las actuaciones), dicho especialista (a quien, según ha explicado él mismo en el acto del plenario, se le encargó el informe en razón a su pertenencia



al gabinete técnico de la Gerencia de Atención Primaria, siendo concretamente el responsable de sistemas de información sanitaria –razón por la cual dispone de los permisos y accesos a las bases de datos-) ha afirmado que detectó los dos accesos y ha explicado el proceso seguido por quien los llevó a cabo. Ha indicado que desde el encendido del ordenador se encuentran varios niveles de acceso. Uno es el módulo de Consulta Clínica, otro es el de Historia Clínica (hay otros módulos -estadística, administrativos, etc- para cuyo acceso no están autorizados la mayoría de los médicos). Concretamente desde el *módulo de "consulta clínica"* se accede a la historia del paciente a través de la agenda, en la cual figuran los pacientes citados para el día. A través de la agenda, se entra en el paciente, y lo primero que aparece entonces (al clicar) es la Consulta Clínica, con los datos clínicos (antecedentes personales, medicación, listado de problemas y episodios que tiene abiertos el paciente en ese momento). Si desde ahí se quiere consultar los datos administrativos, hay un acceso a éstos a través de la Historia Clínica, donde están los datos administrativos. Si se está trabajando sobre una agenda se puede clicar en pacientes sin cita y esto permite de forma automática citar al paciente en la agenda y entrar en su historia (ha explicado también que se puede acceder a la historia del paciente sin necesidad de que esté citado en la agenda de pacientes del día).

II.- En cuanto a la declaración testifical de [REDACTED], enfermera del acusado, ésta ha confirmado tanto el hecho del segundo acceso como el mecanismo de acceso ya descrito.

Dicha testigo ha relatado que el jueves 20.04.06, sobre las 17:41 horas, accedió al historial clínico del [REDACTED] a través del programa de consulta clínica (que es el que usa en su trabajo diario) por orden del acusado y con el fin de conocer cuál era el médico de cabecera del [REDACTED]. Ha dicho también que ignoraba si el [REDACTED] era paciente del acusado.

Respecto al modo de acceso, ha explicado que si el paciente no está en el listado del día, como era el caso, hay que teclear el nombre del paciente e introducirlo en el programa. De este modo se abre su ficha y, a continuación, para acceder a los datos administrativos, se clica en el icono "ficha paciente", apareciendo entonces los datos administrativos del paciente (tfnº, domicilio, etc), que es lo que efectivamente hizo, al igual que -dice- en otras ocasiones, como con cualquier paciente y como hace todos los días. Explica que el [REDACTED] estaba en su consulta, ella miró el nombre del médico, entró en el despacho del acusado y se lo dijo. También explica que sabía que los accesos quedan grabados y que el motivo por el que borró su acceso fue el de que el [REDACTED] no era un paciente visitado ese día y que, por tanto, tuviera



que estar en la lista, pero aclara que no recibió instrucción del acusado para borrarlo. Destaca que en la ficha del paciente, a la que accedió, están los datos administrativos, como dirección, teléfono, número de la seguridad social y nombre del médico. Pero niega haber clicado en el icono "IIC". Relata también que sólo había recibido el curso básico para utilizar el programa de consulta clínica y que no conocía otro modo de llegar al dato que se le solicitaba. Concreta, por último, que al teclear el nombre del paciente, éste se le pone en su agenda. Entonces, para acceder a su ficha, se le abre una pantalla en la que aparecen varios iconos: ficha paciente (FP), historia clínica (HC) y otros más. Aclara que esa pantalla puede estar en blanco o puede contener algún resumen de alguna consulta que se haya podido hacer o de algún dato clínico. Desde esa pantalla ha de introducirse en la "ficha del paciente", para poder así ir a sus datos administrativos (la ficha administrativa), que es lo que hizo en el acceso enjuiciado, negando haber accedido al icono "historia clínica" (HC).

III.- En cuanto a las declaraciones de los restantes testigos, resulta de interés a la causa los testimonios del [redacted], del Dr. [redacted] y del [redacted].

La declaración del Dr. [redacted] no ha permitido corroborar el hecho afirmado por el acusado relativo a que éste efectivamente tratara de ponerse en contacto con él. Por otra parte, el Dr. [redacted] ha afirmado que todo el mundo en el Centro de Salud (y no ha excluido al acusado) conocía que él era el médico de cabecera del [redacted] (afirmación que ha de ponerse en relación con otra, hecha por el propio [redacted] relativa a que en una ocasión, tuvo un proceso de baja por un cuadro banal y su médico, que era el [redacted], le extendió la baja, la cual debió entregar al coordinador del Centro -el acusado-, lo que evidenciaría que éste tuvo conocimiento de quién era su médico).

En cuanto a la declaración del [redacted] ha de verse de entrada que él mismo ha admitido que accedió a su propia historia clínica (sin duda de forma irregular, ya que como paciente no podía hacerlo por ese medio y, como médico y funcionario del Ib-salud, tampoco) y constató así los dos accesos, lo que comunicó al entonces coordinador del Centro (el [redacted]), avisando también al CAU de la Gerencia (para verificar si los accesos eran reales o si surgían por algo involuntario) y poniendo el hecho en conocimiento de la Gerencia a fin de que se tomaran las medidas oportunas. Solicitó al coordinador una reunión, a la que asistieron el acusado y la enfermera [redacted] en la que él pidió explicaciones, señalando que entonces el acusado le dio a entender que "pasaba" y "que era un tema de confidencialidad" y que [redacted] se había mostrado sorprendida. En dicha reunión estaban presentes el



Gerente y la Subdirectora (la cual, según el propio le vino a decir en una ocasión en la que visitó el Centro- que había que "arreglarlo a las buenas", y que él no se hacía a la idea de "lo que le podía caer al " y "que había que ver de retirar la denuncia").

Señala también que, en su opinión, el acusado realizó los accesos con el fin de tratar de encontrar algún motivo para que se fuera del Centro y, por otra parte, confirma que el ambiente entre los profesionales del Centro bajo la coordinación del acusado no era bueno, señalando que hubo un escrito dirigido a la Gerencia suscrito por la mayoría del personal (varios médicos, enfermeras, terapeuta, auxiliares) quejándose de la forma en que se llevaban a cabo las decisiones (sobre lo que dice que no era de una forma acordada, sino impositiva), llegando a afirmar que tiene conocimiento de que otro médico comprobó que habían entrado en su historia clínica pero que no lo ha comunicado a la Gerencia.

Admite que pidió ser trasladado para no aguantar las presiones, alegando motivos de salud propios y de funcionamiento del Centro ( menciona incluso que la Gerencia de atención primaria le pidió si quería pasar el test sicosocial de salud; a lo que accedió, resultando del mismo que estaba bajo presión, aconsejándose que se tomaran medidas).

IV.- Finalmente, la prueba documental consistente en la hoja de accesos realizados en la historia clínica informatizada y en los datos administrativos del , librada el 13.02.06 y remitida por la Subdirectora médica de la Gerencia de Atención Primaria ( ) al propio , que obra a los folios 51 y 50 de las actuaciones, no hace sino confirmar que, dentro del periodo contemplado (desde el 01.01.04 hasta el 28.12.06), se produjeron efectivamente los dos accesos a la historia clínica (HC) del en las fechas 06.10.05 (a las 15:34:06 horas) y 20.04.06 (a las 17:41:43, 17:41:51 y 17:42:57 horas). De dichos accesos concluimos que el acusado efectivamente accedió, en las dos ocasiones referidas, cuanto menos al dato del nombre del médico de cabecera del que obraba en el archivo informático.

CUARTO.- A partir de la prueba practicada y acabada de analizar, la Sala no puede concluir si, además del dato referido a la identidad del médico de cabecera del el acusado conoció efectivamente datos relativos a la salud de éste, bien que estuvieran en lo que propiamente era la "historia clínica", bien que aparecieran en pantalla sin haberse introducido (o también) en el icono HC (pues ya hemos dicho que la prueba practicada sobre este punto



acredita que en ocasiones había datos propios de la historia clínica que igualmente figuraban en la pantalla referida sin pinchar en el icono HC).

Ahora bien. Aun cuando, como decimos, la prueba del acceso a los datos de carácter personal del [redacted] llevado a cabo por el acusado en ambas ocasiones (la segunda, a través de la enfermera [redacted] ) únicamente alcance a la identidad del médico de cabecera de quien no era su paciente debe verse, de un lado, que dicho dato de carácter personal está protegido por el tipo penal de referencia y, de otro, que el acusado no estaba amparado en ninguna norma legal o reglamentaria que legitimase tal acceso.

Sobre lo primero, ha de decirse que el tipo penal se refiere a datos que, normalmente, se pretende que no trasciendan fuera de la esfera de privacidad, lo que no significa que sea un elemento de los datos protegidos la suposición de un propósito de ocultarlos, pues la privacidad no es sólo, como derecho fundamental, un derecho al ocultamiento de circunstancias personales, sino un derecho a la no divulgación ilegal de los datos, dado que configura una forma del derecho a la libre realización de la personalidad. A estos efectos, el artículo 1 de la LO 15/1999, de Protección de Datos, señala que la ley tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar; añadiendo en su artículo 2.1 que la referida ley será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de esos datos por los sectores público y privado.

En consecuencia, el dato referente a la identidad del médico de cabecera de cualquier persona es un dato de carácter personal digno de protección en el sentido del artículo 197.2 CP pues, obvio es decirlo, no está a disposición de cualquier solicitante (por utilizar los términos en que se expresa la S TS 725/2004, de 11.06.04; resolución que consideró como datos protegidos por el artículo 197.2 CP el relativo al lugar de trabajo y el referido al domicilio de la empresa empleadora de varios trabajadores), sino sólo de quien está previamente autorizado para obtenerlo.



Sobre la segunda cuestión, enlazada con la primera, entendemos que la condición de [redacted], con las funciones que ello comporta, no permitía al acusado obrar del modo en que lo hizo.

A estos efectos, la Defensa ha citado el artículo 4 del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud, que al regular específicamente las funciones del Coordinador Médico (cuyo nombramiento recaerá sobre uno de los componentes del Equipo de Atención Primaria), menciona las de *relación con los demás Servicios e Instituciones sanitarias y con la población* y las de armonizar los criterios organizativos del conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios, tengan éstos vinculación estatutaria o funcionarial por su pertenencia a los Cuerpos Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local. Sin embargo, es claro que si de lo que se trataba (según la versión del propio acusado) era de buscar una solución al problema del "mal ambiente", ya en el Centro, ya en relación a eventuales quejas de los pacientes asignados al [redacted] es claro que el precepto referido no amparaba ni la actuación realizada ni el propósito que el acusado afirma que le animó a llevarla a cabo; y ello porque, en el contexto de referencia, el [redacted] debió proceder de otro modo: poner la situación que se vivía en conocimiento de la Gerencia, ya para recibir las instrucciones precisas, ya para que ésta le diera solución.

También se ha referido al artículo 8 de la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal, y al artículo 16.5 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El primero de dichos preceptos, refiriéndose a los datos relativos a la salud, señala que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad. El segundo establece que "el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria".

Sin embargo, la Sala estima que ninguno de ambos preceptos legitima o justifica los accesos realizados por el acusado. El primer precepto tiene carácter general y únicamente se refiere a la posibilidad de proceder al tratamiento de los datos (de carácter personal relativos a





acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo, pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción (es por ello que concluye que nos hallamos ante un delito doloso, pero no de tendencia). Sobre lo segundo, señala que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar pueden ser objeto del delito contra la libertad informática, precisamente porque el delito se consuma tan pronto como el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre. Tal es la razón por la que ha de entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo (un perjuicio que puede afectar al titular de los datos o a un tercero). La propia sentencia, consciente de que no es fácil precisar, «a priori» y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio, señala que el mismo se produce “siempre que se trata de *un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar*” (en la misma línea expuesta, las SS TS 11.07.01, 02.12.04, 29.09.05 y 18.11.05).

**QUINTO.-** Corresponde ahora justificar la inaplicación del apartado 5 del artículo 197 del Código Penal incluido por las acusaciones en sus respectivas calificaciones definitivas. Dicho precepto establece, como es sabido, una agravación específica para el caso en que los hechos descritos en los apartados anteriores del mismo precepto afecten a datos de carácter personal que revelen, entre otros, la salud de la persona.

Pues bien. La Sala, a partir de la prueba practicada en autos, no ha podido determinar si, además del dato referido al nombre del médico de cabecera del [redacted], el acusado conoció efectivamente, a través de alguno de los accesos realizados, datos relativos a la salud del [redacted], bien que estuvieran en lo que propiamente era la “historia clínica” (a la que se accede pinchando en el icono HC), bien que aparecieran en pantalla sin haberse introducido (o también) en el icono HC. Consta en autos que la Defensa pidió al Instructor en su día que se aportara la historia clínica para conocer qué datos a proteger había en ella, siéndole denegada su petición en orden a preservar la intimidad del [redacted]. Por tanto, no siendo conocido en este proceso penal el contenido de la historia clínica, no puede presumirse en contra del acusado la existencia de los datos personales relativos a la salud a proteger. E, ignorándose éstos, no puede afirmarse que a través de los accesos el acusado conoció datos reservados sobre la salud del [redacted], lo que hace inaplicable el subtipo agravado en cuestión (de hecho,



tampoco se conocen qué datos médicos podían figurar, o no, en la pantalla de consulta clínica en la que se encuentran los iconos ficha del paciente e historia clínica).

**SEXTO.-** En orden a la aplicación del tipo específico del artículo 198 del Código Penal, referido al prevalimiento del carácter público que tenga el culpable, debe señalarse que el artículo 24.2 del Código Penal establece y delimita el concepto de funcionario público a los efectos de la aplicación de los diversos tipos penales contemplados en el texto punitivo. Considera tal a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección, o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas.

Como se ha puesto de relieve por la doctrina y la jurisprudencia, el Código, con carácter general, se ha decantado por un *concepto amplio de funcionario*, situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo de varios tipos penales. Prescinde de una afirmación categórica y precisa del concepto de funcionario al decir en el comienzo del precepto que "*se considerará funcionario público*" a los que se comprendan en algunos de los supuestos que describe a continuación.

En cuanto al prevalimiento, es sabido que prevalerse supone *el aprovechamiento de la función que se realiza para cometer un hecho delictivo con mayor facilidad*. No se trata de una agravante especial anudada a la función pública, ya que cualquier servidor público puede cometer cualquier clase de delitos en los que resulta irrelevante su conducción de ejercicio de función pública.

Pues bien. En el caso que examinamos, resulta de aplicación la norma del artículo 198 del Código Penal, que castiga con las penas respectivamente previstas en el artículo 197 en su mitad superior e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en aquél precepto. Tal aplicabilidad resulta del hecho de que el acusado era funcionario público y tenía atribuidas, además, las funciones *del Centro de Salud de* Por otra parte, y como ya hemos explicado, el hecho de ostentar tal condición no le autorizaba a abusar de sus funciones y prevalerse de ellas para cometer los hechos delictivos ya descritos. Así, entendemos que el acusado aprovechó las ventajas de su condición de funcionario público, entre ellas la disposición de una clave de acceso (en el primer acceso) y la orden dada a otro funcionario que tiene el deber de obedecerla (en el segundo), para acceder en forma irregular



a los datos reservados de carácter personal (los datos de un paciente que tiene la condición de funcionario público, médico del propio centro y paciente de otro médico).

**SÉPTIMO.-** Del delito cometido es responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal el acusado. Al respecto debemos explicitar que, en cuanto al primer acceso, la autoría resulta de su participación directa, material y voluntaria en la ejecución del hecho que integra el tipo de referencia. Y, en cuanto al segundo, que la misma resulta en tanto es el propio acusado quien mantiene en todo momento el dominio funcional del hecho, sirviéndose en la ejecución del acto de la enfermera ( ) que se hallaba bajo su dirección y mandato concretos para realizarlo.

Por otra parte, resulta de aplicación el artículo 74 del Código Penal, en orden al establecimiento de la continuidad delictiva, ya que los dos accesos, realizados con el mismo fin y con una cierta conexión temporal y mismo modo de ejecución, así lo reclaman.

**OCTAVO.-** No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que la pena adecuada a la culpabilidad del acusado habrá de individualizarse, dentro del marco prefijado por el Principio Acusatorio, realizando las siguientes operaciones. Partiendo de la pena establecida en el tipo básico del artículo 197 del Código Penal, que abarca de 1 a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses, ha de estarse a su mitad superior por aplicación del artículo 198, lo que obliga a considerar un arco punitivo comprendido entre los 2 años y 6 meses y los 4 años, en cuanto a la pena de prisión y de 18 a 24 meses de multa. A su vez, al existir continuidad delictiva, el artículo 74 nos exige de nuevo estar a la mitad superior respecto a la extensión mencionada, lo que determina que la misma deba concretarse entre los 3 años y 3 meses y los 4 años, en cuanto a la pena de prisión y de 21 a 24 meses de multa. En cuanto a la inhabilitación absoluta, prevista en la extensión de 6 a 12 años, la misma deberá imponerse en su mitad superior, es decir, de 9 a 12 años (por mandato del artículo 74 del Código Penal). Al respecto debe verse que si bien ambas acusaciones han solicitado la misma en la mínima extensión, esto es, 6 años, la aplicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 27.11.07 (que interpretó en este sentido otro anterior, de 20.12.06) nos obliga a estar en la extensión de 9 años.

En cuanto a su contenido, aun cuando el Ministerio Fiscal ha postulado que la misma lo sea para el ejercicio de la profesión médica.

Lo cierto es que aquél sólo puede referirse, conforme al principio de legalidad, al contenido del artículo 41 del Código Penal, esto es, la *privación definitiva de todos los*



*honoros, empleos y cargos públicos* que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, *la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honoros, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.* En consecuencia, no puede abarcar el ejercicio de la profesión médica.

En cuanto a la cuota correspondiente a la multa, procede fijar la misma en la extensión de 6 €, por aplicación de lo dispuesto en el art. 51.5 del Código Penal y jurisprudencia que la interpreta en relación a la motivación de dicha cuota cuando se fija en la extensión mencionada.

**NOVENO.-** En aplicación del principio general, reconocido en el artículo 116 del Código Penal, conforme al cual toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios, estimamos procedente, conforme se ha interesado por la Acusación Particular, la condena del acusado al pago a favor del perjudicado en concepto de indemnización, de la cantidad de 1.200 euros, en concepto de daño moral.

A estos efectos debemos señalar que en orden a la valoración del daño o perjuicio el artículo 115 del Código Penal establece que *"los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución"*. La necesidad de motivar las resoluciones judiciales (artículo 120.3 C.E.), puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil "ex delicto" (v. ss. T.C. 78/1986, de 13 de junio y la de 11 de febrero de 1987), y por el Tribunal Supremo (SS de 22 de julio de 1992, 19 de diciembre de 1993 y 28 de abril de 1995, entre otras), impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sus sentencias, precisando -cuando ello sea posible- las bases en que se fundamenten.

Ahora bien. Como señala la S TS 24/03/97 no cabe olvidar que, cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y



repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

Atendiendo a estos criterios, así como a lo señalado en el apartado 3 del artículo 9 de la LO 1/1982, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (que señala que la indemnización –en caso de intromisión ilegítima- se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida -para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, así como el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma; criterios, estos últimos, inútiles al caso-) consideramos que el hecho enjuiciado, en la medida en que constituye una intromisión ilegítima en la intimidad de otra persona, produce de suyo un daño moral, el cual merece ser compensado económicamente, en la medida que el conocimiento del hecho por terceros (profesionales del Centro, de la Gerencia, pacientes, etc) ha supuesto para el denunciante la necesidad de actuar en defensa de su propia reputación.

Ciframos por ello, prudentemente, en 1.200 euros el daño por ambos accesos.

**DÉCIMO.-** En materia de costas procesales es de aplicación la norma del art. 123 del Código Penal, conforme al cual “las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta”. En consecuencia, procede imponer al acusado el pago de las devengadas en esta instancia, incluidas las propias de la Acusación Particular, no estimándose inútil ni superflua su intervención a lo largo del proceso.

**UNDÉCIMO.-** Que, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 4 del Código Penal vigente, por este Tribunal se estima procedente elevar petición de indulto, por entender que existe una evidente desproporción entre la pena impuesta y la gravedad de los hechos y no resultar posible degradación alguna de la responsabilidad penal. La rigidez legal al establecer la penalidad del delito en cuestión, aun apreciando continuidad, nos obliga a imponer la pena de prisión en la extensión mínima posible de 3 años y 3 meses, lo que impide un adecuado juego del reproche que supone la pena atendiendo a las circunstancias propias del caso, ya expuestas en anteriores Fundamentos.

Es por ello que la Sala, al amparo del artículo 4.3 del Código Penal, el artículo 20 de la Ley 18 junio 1870, reguladora de la Gracia e Indulto, y del artículo 902 de la Ley de



Enjuiciamiento Criminal, estima procedente acordar la propuesta al Gobierno del *indulto parcial de las penas impuestas*, tanto la privativa de libertad como la inhabilitación absoluta, considerando prudente y adecuado al caso proponer el indulto por la extensión en las tres cuartas partes de todas las penas impuestas o, subsidiariamente, en la extensión que no supere la de 2 años, permitiendo de este modo el acceso al beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que **debemos condenar y condenamos a** como autor responsable de un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal precedentemente definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 años y 3 meses de prisión, multa de 21 meses, con una cuota diaria de 6 €, e inhabilitación absoluta por un periodo de 9 años, así como al pago de las costas procesales causadas en la instancia, incluidas las devengadas por la Acusación Particular.

En el orden civil, abonará a en concepto de indemnización por daño moral, la suma de 1.200 euros; cantidad líquida que devengará el interés previsto en el artículo 576 LEC desde la fecha de la presente resolución.

Firme que sea la presente resolución, elévese al Gobierno de la Nación la **solicitud**, por si lo estimase oportuno, de la **concesión de indulto a favor de** respecto a **la extensión de las tres cuartas partes de todas las penas impuestas en la presente causa** o, subsidiariamente, en la extensión que determine que las penas a cumplir no excederán de la duración de dos años.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN,  
DE 25 DE ENERO DE 2008.  
Recurso de Apelación núm. 78/2007**

En la Ciudad de Burgos, a veinticinco de enero de dos mil ocho.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos, siendo Ponente el Sr. xxxxxx, ha visto en grado de apelación, el recurso nº 78/07 interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Soria, en el recurso contencioso administrativo seguido por el procedimiento abreviado con el número 10/07 habiendo sido partes en esta instancia, como apelante la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores, que no se ha personado en esta instancia si bien ha designado a la Procuradora D<sup>a</sup>. xxxxx para oír notificaciones y como parte recurrida la Excm<sup>a</sup>. Diputación Provincial de Soria, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> xxxx y asistida del Letrado D. Don xxxxx.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Soria, en el proceso indicado, dictó sentencia con fecha 3 de octubre de 2007 cuya parte dispositiva dice "Declarar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores frente a la resolución reseñada en el encabezamiento de esta sentencia, y entrar a conocer del fondo del asunto. No ha lugar a pronunciamiento alguno sobre costas procesales".

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución por la parte inicialmente demandante, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos e impugnado por la parte recurrida, y remitidos los autos a esta Sala, con fecha 23 de noviembre de 2007, una vez vencido el plazo de personación de las partes, por providencia de 2 de enero de 2008 se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2008.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia declara la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por pender ante esta Sala un recurso interpuesto contra el acuerdo de aprobación de la Relación de puestos de Trabajo de la Excm<sup>a</sup>. Diputación Provincial de Soria del año 2006, el 455/06, en la medida en que la resolución que pueda dictarse por esta Sala en dicho recurso, determinara el fallo del presente por ser la RPT antecedente de la convocatoria ahora recurrida. Y el suplico de la demanda que se sigue ante esta Sala en la medida en que solicita " Consecuentemente, se obligue a la Diputación Provincial de

Soria a anular en lo necesario los actos administrativo derivados o que traigan causa de cada uno de los elementos o puntos concretos impugnados de la RPT de 2006", coincide con la pretensión de la recurrente en el presente recurso de que " Se declare nula de pleno derecho o subsidiariamente, anulable dejando sin efecto el acto administrativo impugnado conforme a los hechos y fundamentos de derecho anteriormente transcritos".

Se impugna dicha sentencia por considerar que no concurre litispendencia al no existir identidad de objeto, pues son distintos los actos recurridos. Y ya en cuanto al fondo se interesa la anulación de la base de la convocatoria por restringir de modo injustificado la participación en la convocatoria por exigir las titulaciones del Ingeniero Industrial o Ingeniero de Obras Públicas cuando la normativa sectorial de Prevención de Riesgos laborales no exige esas condiciones de titulación.

Por su parte la Diputación Provincial de Soria considera que concurre la litispendencia, defendiendo en cuanto al fondo la legalidad de la base.

**SEGUNDO.**- Se rechazan los fundamentos de la sentencia recurrida. La sentencia de instancia declara la litispendencia por existir concordancia de pretensiones entre los dos recursos olvidando que como señala la doctrina del Tribunal Supremo que resulta de sentencia como la de la Sala 3ª de 31 octubre 2005 , Pte: xxxxx: "En todo caso, la litispendencia, como causa de inadmisibilidad del recurso, opera como medio de impedir el planteamiento de sucesivos procesos sobre el mismo objeto y se justifica por la finalidad de evitar que se produzcan fallos contradictorios.

La identidad entre los procesos, determinante de litispendencia, resulta de la concurrencia en los elementos propios de la cosa juzgada: sujetos, "causa petendi" y "petitum", de manera que es precisa esa triple identidad para que se excluya el nuevo proceso.

Por lo que aquí interesa, la jurisprudencia (Ss. 1-3-2004,30-6-2003, 5-2-2001, que se refieren a otras) viene señalando que "la cosa juzgada (también la litispendencia) tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso- Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente" (STS de 10 nov. 1982; cfr., asimismo, SSTs de 28 ene. 1985, 30 oct. 1985 y 23 mar. 1987, 15 de marzo de 1999, 5 de febrero y 17 de diciembre de 2001 y 23 de septiembre de 2002, entre otras)."

En el presente caso los actos objeto de ambos recursos, el seguido ante esta Sala por el procedimiento ordinario con el nº 455/06 , y el ahora apelado, son distintos, en el uno se recurre una RPT y en el otro las bases de una convocatoria, es cierto que existe relación entre ambos procedimientos pero, resulta que esa relación es extra procesal, pues pese a lo alegado por la Administración demandada en la impugnación de las bases no se impugna indirectamente la RPT, pues una cosa es que los argumentos esgrimidos coincidan en ambos recursos y se impugnen ambas resoluciones por los mismos motivos y otra muy distinta que exista una impugnación indirecta de una disposición de carácter general. En la impugnación de las bases que ahora analizamos para nada se dice que la causa de su nulidad sea la nulidad de la RPT, con lo que no puede decirse que estemos ante una impugnación indirecta. Ello sin perjuicio de las consecuencias que de ello puedan derivarse.

Procede pues estimar en este sentido el recurso y anular la sentencia recurrida, lo que no obliga a entrar a analizar el fondo del asunto.

**TERCERO.-** Ya en cuanto al fondo sin embargo la sentencia no puede ser estimatoria pues en la medida en que las bases de la convocatoria se ajustan a las previsiones contenidas en la Relación de Puestos de Trabajo que recordemos es la que define de acuerdo con las previsiones del art. 15.1.b) de la Ley 30/1984 b) Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral. La consecuencia es que mientras no se anule la RPT esta vincula a las Bases de las convocatorias que puedan producirse lo que supone que estas sean conformes a derecho en tanto se ajusten a las previsiones de la RPT, previsiones que en este recurso nadie pone en tela de juicio, otra cosa es que se haga en el recurso directo, pero lo hecho en aquel no puede ser tenido en cuenta aquí donde el principio de congruencia obliga a resolver dentro de los cauces marcados por las partes en sus alegaciones.

Procede por ello desestimar el recurso en cuanto al fondo, y declarar ajustada a derecho la base recurrida en lo aquí debatido.

**ÚLTIMO.-** De acuerdo con las previsiones del art. 139 de la LJCA al estimarse parcialmente el recurso de apelación no procede hacer expresa condena en las costas procesales causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación la , la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dicta el siguiente:

#### **FALLO**

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores contra la sentencia que se describe en el encabezamiento de la presente que se revoca dejando sin efecto la inadmisibilidad del recurso declarada y en su lugar y entrando a conocer del fondo del recurso desestimar el mismo declarando conforme a derecho la resolución recurrida.

Ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas en esta instancia.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, para ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Lo mandó la Sala y firman los Ilmos. Sres Magistrados al inicio indicados.

**PUBLICACION:** Leída y publicada ha sido la sentencia anterior por el Ilmo. Magistrado Ponente Sr. xxxx, en la sesión pública de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), que firmo en Burgos a veinticinco de enero de dos mil ocho, de que yo el Secretario de la Sala Certifico.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 4 DE JUNIO DE 2008  
SENTENCIA Nº 1031/2008

En la Villa de Madrid a cuatro de junio de dos mil ocho.

VISTOS por la Sala, constituida por la Ilma. Sra. y los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso administrativo núm. 767/2005, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. xxx, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. xxxxx, en solicitud de responsabilidad patrimonial.

Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por un Letrado de sus servicios jurídicos y la entidad XXXXXX CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Procurador D. xxxxxx.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Interpuesto el recurso se siguió la tramitación prevenida por la Ley y se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplicó se dictase sentencia por la que se reconozca la responsabilidad en que ha incurrido la Administración demandada y el personal a su servicio, condenándola a indemnizar a D<sup>a</sup>. xxxx en la cantidad de 300.500 €, más intereses legales y costas.

**SEGUNDO.** El Letrado de la CAM y el Procurador D. xxxx, contestaron a la demanda solicitando que fuese desestimada.

**TERCERO.-** Habiendo recibimiento a prueba, tras la práctica de la declarada pertinente hicieron sus conclusiones las partes y, posteriormente, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

**CUARTO.-** Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia del día 3 de junio de 2008, fecha en la que ha tenido lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente el Magistrado de la Sección Ilmo. Sr. D. xxxxxxxx.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Son de destacar los siguientes antecedentes que resultan de la prueba practicada:

1) D<sup>a</sup>. xxxx fue vista en el Servicio de Cirugía I del HGGM el día 31.03.02 por sufrir cuadros de colecistitis con colangitis que se resuelven con tratamiento médico.

Padecía una colelitiasis múltiple por lo que les fue remitida para tratamiento quirúrgico.

En sus antecedentes personales es importante hacer constar que padecía desde hacía muchos años una artritis reumatoide, que había hecho precisas varias intervenciones sobre diversas articulaciones y que en ese momento se encontraba en tratamiento con Feldene (20 mg/24h.), Urbasón (8 mg/24h) e Inhibidor de Factor de Necrosis Tumoral (ensayo clínico en H. La Paz de Madrid).

Se decidió Colecistectomía en el Hospital Virgen de la Torre.

2) La operación se efectuó el día 2.04.02, previa anestesia general. Se hizo laparotomía subcostal derecha encontrando una vesícula grande con litiasis. Se procedió a colecistectomía reglada sin presentarse complicación alguna. Se hizo profilaxis antibiótica con 2 gr de Kefol.

3) El día 5.04.02, empezó con un cuadro febril con escalofríos.

Se pidió una RX de tórax en la que apareció una imagen de "pequeña condensación en campo medio derecho".

En el Análisis de sangre presentó leucocitosis con neutrofilia.

A la vista de este cuadro que hacía pensar en un proceso infeccioso se instauró tratamiento con Rocefalin (2 gr/24h). Unas horas más tarde la enferma empeoró su cuadro respiratorio por lo que el cirujano de guardia decidió su traslado al hospital HGGM.

4) Ingresó en el Servicio de Urgencias del HGGM empezando un tratamiento con Oxigenoterapia, analgésicos, Urbasón, Omeprazol, Droal Y Clexane. Después se trasladó a la planta de Cirugía I

5) El día 9.04.02 fue trasladada al Servicio de Reanimación donde ingresó consciente y orientada con taquipnea, mucho trabajo respiratorio y sibilancias en ambos campos pulmonares con criterios de Distress Respiratorio del Adulto por lo que se conecta a Ventilación Pulmonar Permanente No Invasiva. La exploración abdominal fue normal.

Durante su estancia en el Servido de Reanimación se efectuó una ecografía abdominal en la que se encontró una colección líquida en espacio infradiaphragmático derecho. Se realizó un TC Tóraco Abdominal con contraste en el que se observó lo siguiente: "A nivel torácico se observa un infiltrado pulmonar bilateral de predominio en lóbulos superiores con áreas en vidrio deslustrado, que resulta compatible con su antecedente clínico de Distress respiratorio". "En el espacio subfrénico derecho existe una abundante colección fluida que desplaza el hígado medialmente sin imágenes de niveles hidroaéreos ni realce periférico".

6) La enferma mejoró progresivamente por lo que el día 23.04.02, fue trasladada al Servicio de Medicina Interna III. Durante la estancia en este servicio se evidenció mediante una RX de tórax la presencia de una bronconeumonía bilateral con daño alveolar asociado, y bullas (neumonía cavitada). Sufría además un cuadro infeccioso por SAMR (stafilococo áureo meticilín resistente). También apareció una reacción de "rash" con lesiones máculo-papulosas en la cara que descendían a tronco y extremidades inferiores.

Fue vista por médicos del Servicio de Dermatología y alergólogos que diagnosticaron una "toxicodermia medicamentosa" e instauraron un tratamiento (corticoides y antihistamínicos).

7) Dada su buena evolución, se traslada al Servicio de Cirugía I el día 13.5.02. Se realizó así mismo una ecografía abdominal encontrando que persistía una colección líquida subfrénica derecha con un diámetro mayor de 13 cm y que sugería el diagnóstico de

absceso o bilioma. Se instauró tratamiento con antibióticos de última generación.

8) Al no mejorar con el tratamiento anterior se procedió a la colocación bajo control de TC de un catéter de drenaje subfrénico derecho (20.05.02), con lo que en unos días prácticamente desapareció la colección de líquido, comprobándose con un nuevo TC.

9) Unos días después de su ingreso en este Servicio, se quejó de imposibilidad para la dorsoflexión del pie derecho sin otros trastornos motores. Por ello se pidió interconsulta a Neurología. Informaron que la paciente presentaba una paresia peroneal derecha posiblemente secundaria a compresión durante su estancia en el Servicio de Reanimación. Recomendaron la colocación de una férula manteniendo el tobillo en un ángulo de 90 grados e instauraron un tratamiento con un complejo vitamínico B.

También se pidió interconsulta al Servicio de Rehabilitación que coincidió con los neurólogos tanto en el diagnóstico como en la actitud terapéutica.

10) Aunque de forma tórpida la enferma evolucionó favorablemente por lo que fue dada de alta el día 17.6.02.

11) Unos días después de esta última fecha, presentó una reclamación por no haber sido tratada durante su ingreso de sus dolores en miembros inferiores que llevaba padeciendo muchos años.

**SEGUNDO.**- Entrando en el fondo del asunto, nos encontramos que la institución de la responsabilidad patrimonial está reconocida en el artículo 106.2 de la Constitución, según el cual "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Dicho precepto constitucional tiene su desarrollo legislativo en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y concretamente, dispone el Art. 139 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre. "1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2.- En todo caso el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas". Por su parte, el Art. 141.1 prevé que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

La responsabilidad exige, pues, la acreditación de los siguientes requisitos:

a) Efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

c) Que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contrario al derecho (antijuricidad subjetiva) sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva): d) Ausencia de fuerza mayor.

Es más, por lo que respecta al tratamiento médico ofrecido, como en reiteradas

ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado (véanse los dictámenes números 1.350/98, 4.356/97 y 398/94), conviene tener en cuenta que para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución.

Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la "lex artis", de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En otro caso, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración, y han de ser soportados por el particular sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización.

Debe recordarse que las obligaciones exigibles a los servicios médicos en relación con prestaciones como las examinadas en este expediente son obligaciones de medios y no de resultado. Corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

**TERCERO.-** Examinando la prueba practicada y las alegaciones de las partes nos encontramos aquí con que D<sup>a</sup>. xxxx padece desde hace muchos años un cuadro de artritis reumatoide en tratamiento. Además sufre una colecistitis con episodios de colangitis (infección de las vías biliares), que requiere una intervención quirúrgica mediante la práctica de una colecistomía (extirpación de la vesícula biliar).

Según el informe del Dr. xxxx (folios 584 y 585), "la colecistectomía es el único tratamiento posible de esta patología, evitando de esta forma eludir el peligro de la aparición de una pancreatitis aguda.

La intervención consiste en tras efectuar una laparotomía, proceder a la extirpación de la vesícula previa ligadura del conducto cístico y arteria cística.

Al igual que todas las intervenciones quirúrgicas, ésta, tampoco está exenta de riesgos. Entre los más frecuentes se cantar la aparición de fistulas biliares y por supuesto al igual que en toda la cirugía abdominal la aparición de procesos infecciosos infra abdominales o en caso de enfermos de una cierta edad avanzada la concurrencia de procesos respiratorios.

La forma de intentar que no ocurran estos efectos indeseables es la profilaxis antibiótica durante y/o después de la intervención.

A esta enferma, durante la intervención y después de la misma se la mantuvo con un tratamiento profiláctico mediante la administración de un antibiótico de amplio espectro (Kefol) a las dosis adecuadas."

Aunque la enferma pasó al Servicio de Medicina III v después al de Cirugía I donde también recibió un tratamiento correcto con el concurso de otros servicios del HGGM (Radiodiagnóstico RX intervencionista Alergia, Neurología, Rehabilitación), como dice el xxxxxx (folios 585 y 586), "en el postoperatorio inmediato sufrió un agravamiento de su estado general por lo que se hizo necesario su traslado al Servicio de Reanimación del HGGM" (...) En este servicio fue tratada correctamente y se mejoró a pesar de la gravedad

de los diagnósticos y del mal estado de la enferma (el SDRA es un cuadro grave con una tasa de mortalidad elevada).

Posteriormente desarrolla un absceso infra abdominal localizado el espacio infradiaphragmático derecho que como se ha dicho anteriormente es otra (quizá la más frecuente) de las complicaciones de este tipo de intervenciones. Fue tratada con antibióticos de amplio espectro y como no solo no desapareciera sino que ni siquiera disminuyó de tamaño se procedió a su drenaje con control de Tc dejando un catéter para su total vaciamiento, cosa que se produjo en pocos días. Este tratamiento también es no solo adecuado sino obligado en estos casos.

Sufrió además un cuadro de reacción alérgica o tóxica por alguno de los innumerables medicamentos que a lo largo de su estancia le fue administrado y también recibió el tratamiento adecuado.

En la historia clínica y en lo que se refiere a este proceso solo consta que se quejara de parestesias en miembros inferiores en una ocasión. Sí consta, en cambio, que padeciera imposibilidad de dorso flexión en el pie derecho en una ocasión y fue vista y tratada por los médicos de los servicios de Neurología y Rehabilitación quienes dicen que posiblemente esta patología sea debida al largo período de encamamiento que ha sufrido.

Durante gran parte de su estancia en el HGGM esta enferma ha sido tratada con corticoides y analgésicos que son la base del tratamiento de las complicaciones de la intervención que sufrió (además de los antibióticos) y de su enfermedad de base artritis reumatoide."

El Dr. xxxx llega a la siguiente conclusión final (folio 587), "La enferma xxxx, a quien se le practicó una colecistectomía, sufrió en el postoperatorio las siguientes complicaciones:

Bronconeumonía bilateral con SDRA.

Neumonía cavitada

Absceso subfrénico postoperatorio

Toxicodermia medicamentosa

Impotencia funcional del miembro inferior derecho.

La enferma recibió un adecuado tratamiento durante toda su estancia en el HGGM, para la gravedad de la patología que presentaba."

En el informe del Dr. xxxx, se dice que la paciente, a pesar de que le fueron practicadas un buen número de pruebas complementarias -lo que indica a pesar de este dictamen que la paciente fue debidamente atendida-, el día de la intervención, el anestesista era la primera vez que la veía y no tenía los resultados de las mismas. No obstante, como dice el Dr. xxx, es notorio que el médico anestesiólogo que atiende la consulta de preanestesia no tiene por qué ser el mismo que efectúe la anestesia del enfermo. De cualquier forma todas las pruebas complementarias que se realizan quedan en la historia clínica del enfermo y por tanto a disposición de todos los profesionales que le atiendan.

Como añade el Dr. xxxx, es importante decir que de ninguna manera está indicada la colocación de un drenaje entra abdominal en el caso de no existir pus en la cavidad abdominal tal como parece insinuar o incluso afirmar el Dr. xxx en su informe. Así mismo, al ser ésta una intervención considerada de bajo riesgo, no se puede decir que no se debía haber efectuado en el Hospital Virgen de la Torre por no tener una UVI adecuada, ya que no era previsible la necesidad del ingreso en la misma de la enferma. Es más, si la intervención se hubiera realizado en el Hospital Gregorio Marañón, no existe motivo alguno para negar que se podría haber sufrido las mismas complicaciones y no se ha probado que

el traslado en ambulancia a este último hospital hubiese agravado el cuadro clínico de la enferma.

La enferma sufrió un absceso subfrénico que fue drenado correctamente, lo que se hizo, al estar la paciente controlada radiológicamente, y tratada correctamente con antibióticos.

La aparición de la lesión del nervio ciático popliteoexterno de la pierna derecha se produjo por su largo período de encamamiento y no por una mala práctica médica.

En el informe del Dr. xxxx se habla de errores médicos, pero no consta la alternativa que, según él, se debió practicar para que el tratamiento fuera correcto. En todo caso, ha quedado claro, con la prueba práctica, valorando ponderadamente los dictámenes médicos presentados:

- a) Que no fue un error médico la indicación de la colecistectomía.
- b) Que no fue un error médico que apareciera una neumonía aunque fuera de origen nosocomial.
- c) Que no fue un error médico la complicación de esta neumonía con un SDRA.
- d) Que no fue un error médico la aparición de un absceso intraperitoneal puesto que se instauró una profilaxis antibiótica adecuada y un tratamiento posterior también adecuado.
- e) Que no hubo actuación negligente o errónea que causara la lesión del ciático poplíteo externo. f) No fue error médico la toxicodermia ya que era necesario el tratamiento con los medicamentos que le produjeron ese cuadro.

**CUARTO.-** Se alega por la parte actora que no hubo consentimiento informado. Por la Administración se mantiene que si hubo ese consentimiento aunque fue verbal.

Como antes hemos visto, la colecistectomía era el único tratamiento posible para la patología de la enferma, hecho éste que ni siquiera en el informe pericial de la parte recurrente se alcanza a cuestionar seriamente, pues no se dice que haya otro tratamiento alternativo posible.

En consecuencia, la intervención quirúrgica era necesaria a fin de evitar una complicación que podía comprometer gravemente la salud de la paciente; en lugar alguno se ha acreditado que no fuera correctamente ejecutada.

Las patologías sufridas en el postoperatorio no guardan relación alguna con la praxis médica que fue en todo momento correcta, lográndose con dicha intervención el indudable beneficio para la paciente de eliminar el riesgo de pancreatitis aguda. Ninguna relación guardan con la intervención quirúrgica, ni con la actuación médica, las secuelas que presenta en la actualidad la recurrente, y ninguna de las pruebas practicadas avalan tal suposición.

El que no aparezca incorporado al expediente el consentimiento informado, tampoco quiere decir que no haya existido ni tampoco que no haya sido informada debidamente, debiéndose señalar al respecto, como dice el Letrado de la CAM, lo siguiente,

- a) En los escritos de reclamación presentados con anterioridad a la demanda (y previamente al examen del expediente por la parte recurrente) no se hace mención a la falta o insuficiencia en la información.
- b) La demandante venía siendo asistida de su proceso tiempo antes y resulta completamente ilógico y fuera de todo criterio razonable, pensar que no sabía que iba a ser intervenida y cuál era el propósito y necesidad de la intervención lo que era claro que

conocía, pudiendo por tanto plantear las dudas, ella o los familiares, o solicitar información adicional de estímulo necesario y no consta ni se dice en la demanda tampoco que tal información no pudiera solicitarse o que le fuera negada.

c) En todo caso no guarda relación con la intervención quirúrgica, ni la paresia del miembro inferior, ni la insuficiencia respiratoria, diabetes o la toxicodermia que se afirma en la demanda que padece en la actualidad la recurrente, ni se cuentan entre los riesgos propios de la misma y por lo tanto, en ningún supuesto se podía haber advertido a la paciente sobre tales complicaciones.

En consecuencia, hay que suponer, teniendo en cuenta todo lo que consta en el expediente administrativo que hubo consentimiento informado verbal. La paciente sabía el tipo de intervención a que iba a ser sometida, y lo sabía, sin duda, porque el personal facultativo le había explicado debidamente la perentoriedad de su práctica, el alcance y conveniencia de llevarla a cabo; es decir, se le había informado "oralmente" del tipo de intervención quirúrgica a realizar y esta información oral, otorga plena validez del consentimiento prestado.

En todo caso, se ha de tener en cuenta que según la jurisprudencia tenemos:

1) En sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, de 16-1-2007, rec. 5060/2002. Las consecuencias de la intervención quirúrgica son "riesgo que debe asumir la paciente, al tratarse además de una intervención a todas luces necesaria, pues" (...) "el practicado era el único tratamiento posible." (En el presente proceso, ha quedado claro, como hemos visto que la intervención realizada era el único tratamiento posible. Esto se ha de considerar, sin olvidar que las secuelas que padece la actora no son consecuencia normal de la operación realizada).

2) En sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 9ª, de 12-1-2006, nº 6/2006, rec. 609/2001, se dice que no "cabe hablar de falta de consentimiento informado al haberse aplicado el único tratamiento pertinente". (No se debe olvidar que la esencia del consentimiento informado radica en la posibilidad de optar, no entre varios facultativos sino entre varias "actividades o alternativas diagnósticas o terapéuticas", de modo que faltando esa posibilidad de elección el consentimiento informado pierde su razón de ser).

3) En sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 9 de mayo de 2001 (recurso 161/2000) en la que se hace constar: "El artículo 10.6 Ley 14/86 prevé el derecho del paciente a elegir entre las diversas opciones que le presente el responsable médico y la necesidad de obtener su consentimiento escrito para realizar cualquier intervención o admisión sobre el paciente. La esencia del consentimiento informado radica en que el enfermo ejerce libremente sus propias opciones tras recibir información suficiente y adecuada, tras lo cual otorga su consentimiento para la realización de las actividades diagnósticas o terapéuticas oportunas. Es, en definitiva, un protocolo o guía formal de Buena Práctica Clínica dentro de la relación de información y comunicación con el paciente y su familia" (...) "Para determinar que la ausencia de información para el consentimiento, o de este mismo, es causa del daño antijurídico y efectivo sufrido y por el que se reclama al amparo del instituto de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento -aquí anormal- de los servicios públicos (artículo 139.1 Ley 30/92), debe tenerse presente que, ciertamente, esa omisión supone incumplir una obligación profesional. Pero a efectos resarcitorios tiene relevancia el incumplimiento no tanto formal como real o material y, en todo caso, esa ausencia en sí y por sí misma no tiene por qué generar automáticamente responsabilidad patrimonial como causa del daño" (...) "En ese ámbito, aun cuando la responsabilidad sea

objetiva y ajena a la idea de culpa o negligencia, el derecho a ser resarcido surge si la información por ser errónea provoca un consentimiento viciado de raíz o desde la prueba de la inexistencia del consentimiento informado, al no constar ni siquiera una base para deducirlo por presunciones, se deduce que de haber mediado la información -y así el consentimiento informado- el paciente habría rechazado el tratamiento prestado o habría interesado otro parecer facultativo tanto para el diagnóstico como para el tratamiento."

(Esta sentencia, como vemos, permite sentar importantes conclusiones:

1º La ausencia de consentimiento informado no tiene por qué generar automáticamente responsabilidad patrimonial, pese a que se empeñe en lo contrario la parte demandante.

2º La esencia del consentimiento informado radica en que el informado ejerce libremente sus opciones tras recibir información adecuada, otorgando libremente su consentimiento para la realización de las técnicas terapéuticas oportunas.

3º El derecho a ser resarcido surge cuando, no habiendo base para deducir el consentimiento por presunciones, se deduce que de haber mediado la información -aquí el consentimiento informado- el paciente habría rechazado el tratamiento prestado o habría interesado otro parecer facultativo tanto para el diagnóstico como para el tratamiento.

4º Tampoco nace el derecho al resarcimiento cuando no hay base probatoria para deducir que el tratamiento se hubiese llevado a cabo con oposición del Informado o de sus familiares.

5º Se presume que existió consentimiento oral en atención a lo expuesto por el Jefe de Servicio en informe incorporado al expediente administrativo).

4) En sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de septiembre de 2000 (Ponente Sra. xxx), se declara expresamente que "la circunstancia de que no conste un consentimiento escrito y expreso en las actuaciones no quiere decir que el mismo no se haya prestado, existiendo indicios en las actuaciones a través de las cuales se infiere su existencia".

Aquí, como hemos repetido, no existía alternativa a la colecistectomía practicada, por lo que, aunque no hubiera existido consentimiento informado, ello no constituye automáticamente un elemento determinante de la responsabilidad objetiva de la Administración por daños sanitarios, sino sólo un requisito adicional a tener en cuenta, cuya eventual omisión debe ser ponderada en función de las circunstancias concurrentes. Es decir, su falta no es, por sí sola, causa para otorgar la indemnización.

Pues bien, aquí, según los dictámenes médicos, no existe ningún tipo de relación entre la colecistectomía y la lesión nerviosa de la pierna derecha; también se puede afirmar que no existe relación entre la colecistectomía y la aparición de diabetes ni estreñimiento ni insuficiencia respiratoria crónica, ya que la neumonía que padeció la enferma debió curar sin secuelas.

**QUINTO.-** Por todo lo expuesto procede desestimar la demanda y no observándose temeridad ni mala fe en las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede hacer condena al pago de las costas de este proceso.

---

## FALLAMOS

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda del recurso contencioso administrativo núm. 767/2005, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. xxx, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. xxxx, en solicitud de responsabilidad patrimonial. Sin costas.

Esta resolución, dada la cuantía del proceso, no es firme y, frente a ella, cabe recurso de casación que habrá de prepararse -de conformidad con lo prevenido en el art. 89 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998 de 13 de julio -, ante esta Sección, en el plazo de diez días computados desde el siguiente a su notificación.

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

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente hallándose en audiencia pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 31 DE ENERO DE 2008. SENTENCIA Nº 90/2008

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil ocho.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación número 3616/07, formalizado por D. XXXX ejerciendo su propia defensa como Letrado, contra la sentencia de fecha 11 DE DICIEMBRE DE 2007, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de MADRID, en sus autos número 556/06, seguidos a instancia de D. xxx, frente a DÑA. zzzz, xxxx Y D. xxx, en reclamación de DERECHOS, siendo Magistrado-Ponente el Ilma. Sra. Dña. xxx , y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

1º.- D. xxx presta servicios, como Factor de Circulación de Primera desde el 20-04-1979, para ADMINISTRADOR DE yyyy, entidad pública empresarial.

2º.- yyyy efectuó una convocatoria para cubrir una plaza de Asesoramiento y contratación el la D.C. de protección Civil y seguridad en la que se establecían, los siguientes requisitos.

- Licenciado en Derecho.
- Acreditar experiencia mínima de tres años en el ejercicio de la Abogacía: área laboral, civil, penal o administrativa.
- Formación complementaria en Derecho Laboral.
- Conocimientos demostrables en Prevención de riesgos laborales.
- Conocimientos demostrables en Dirección de Personal Recursos humanos.
- Conocimientos demostrables en Condiciones Generales de Contratación.

-Carnet de conducir B-1

-Disponibilidad para viajar.

3º.- A dicha convocatoria se presentaron seis candidatos, entre ellos el Sr. xxxx y la Sra ZZZZZ .

El actor realizó la correspondiente prueba psicotécnica y fue emplazado por el Director de la Dirección Corporativa de Protección Civil y Seguridad de xxxx, para realizar una entrevista que tuvo lugar y a la que asistió también el Director Adjunto.

El actor es Licenciado en Derecho por la UNED. Año 1997.

Se incorporó al Colegio de Abogados de Madrid el 4-2-98.E1 14-11-2001 pasó a no ejerciente.

4º.- Por carta de 22-3-06 se comunicó al actor que una vez finalizado el proceso de selección para la cobertura de puesto de Estructura de apoyo, no había sido seleccionado para cubrir dicho puesto.

5º.- A la convocatoria también se presentó Dña. zzz, Licenciada en Derecho. Venía prestando sus servicios en el Centro de Tecnología de Vía, como Oficial de 1ª Administrativo en el Negociado de Recursos Humanos. Desde 1989 hasta la desaparición de la figura en 1991, había prestado servicios con el Abogado Instructor de expedientes de Valladolid.

Hasta 2003 colaboró en calidad de Secretaria con el coordinador de Relaciones Laborales de Valladolid.

Consta Certificación del Bufete Cesar Mata y Asociados en el que se afirma que la Sra zzzz colaboró con los demás miembros del bufete en actividades propias de un Abogado.

6º.- Tras las entrevistas realizadas se cubrió la vacante con Dña zzz "apreciando que reúne las condiciones de responsabilidad, iniciativa, predisposición y fácil adaptabilidad al puesto de trabajo.

7º.- Se celebró el acto de conciliación en fecha 6-06-06, resultando con el resultado de intentado y sin efecto.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimo la demanda interpuesta por xxxx contra ADMINISTRADOR DE XXXXX, zzzz Y ssssss en todas sus pretensiones y, en consecuencia, se absuelve a los demandados de peticiones contenidas en la demanda".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por las contrapartes "Administrador de XXXXXXX" y Dña. zzzz.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 18 de julio de 2007 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 16 de enero de 2008, señalándose el día 30 de enero de 2008

para los actos de votación y fallo.

**SÉPTIMO:** En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Convocó en su día la empresa "Administrador de XXXX un concurso para la provisión de una plaza de asesor a la que concurrieron diversos trabajadores del propio Organismo, entre ellos el Sr. xxx y la Sra. zzzz , siendo esta última la finalmente seleccionada. Esta decisión fue recurrida judicialmente por el Sr. xxxx, conociendo de su demanda el juzgado de lo social nº 11 de Madrid, el cual dictó sentencia desestimatoria el día 11 de diciembre de 2006 .

El actor recurre con amparo en los apdos. b) y c) del art. 191 L.P.L.

**SEGUNDO.-** Quiere modificarse el relato fáctico fijado en instancia del modo siguiente:

1º) Incorporando en el primer hecho declarado probado que "Actualmente y desde septiembre de 2000, presta sus servicios en la Gerencia de Protección Civil, (folios 140, 345, 348 y último párrafo del 351), desarrollando tareas de asesoramiento jurídico (folios 147 al 339), aportando a los efectos diversos trabajos realizados al respecto, y que fueron señalados en el currículum presentado en su día ante "XXXX" en mérito para participar en el concurso Técnico de Asesoramiento y Contratación".

Petición que se rechaza por su carácter irrelevante ya que lo que debe resolver la Sala es si la asignación de la plaza de asesor que salió a concurso ha sido o no correctamente adjudicada a la Sra. zzzzzz , para lo cual es irrelevante la revisión que se comenta, teniendo en cuenta, por otra parte, que, en el supuesto de que tal asignación se considerase irregular, la Sala no podría entrar a decidir a quién debía adjudicarse aquélla, entre otras razones porque ni siquiera constan los méritos del tercer candidato que hubiera podido integrar la terna a la que hace mención el cuarto fundamento de derecho de la resolución impugnada, conforme a lo establecido en el art. 398 d) de la normativa laboral de "XXXX".

2º) Ese tercer candidato era el Sr. sssss, del que dejaremos constancia al admitir la revisión que en tal sentido se propone respecto al tercer hecho declarado probado.

3º) También admitiremos, aunque sólo de modo parcial, la revisión del quinto hecho declarado probado, pues consideramos irrelevante que la Sra. zzzzzz se califique como "abogado colaborador" en el bufete jurídico del que hace cita dicho ordinal, mientras sí nos parece trascendente dejar plasmado que "En certificación expedida a los efectos por el Consejo General de la Abogacía Española, se declara que no consta que D<sup>a</sup> zzzzzz, se halle incorporada como colegiada ejerciente o no ejerciente en algún Colegio de Abogados del Estado español, no constando tampoco que lo hubiera estado entre los años 1997 a 2000".

4º) La incorporación de un séptimo hecho declarado probado, a efectos de constatar que el directivo responsable de la selección del concurso al que nos venimos refiriendo se autodenomina "licenciado en ciencias policiales" así como que tal titulación es inexistente

para el Ministerio de Educación y Ciencia, vuelve a carecer de interés a los efectos de lo que se debate. Procede su rechazo.

TERCERO.- Hace cita el recurrente del art. 3.2 de la Ley 2/74, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, en relación con el R.D. 658/01, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Conforme a esta normativa manifiesta el Sr. xxxxx que no toda persona que cuenta con la titulación de licenciado en Derecho puede considerarse abogado, siendo necesario para esto último estar colegiado en el correspondiente colegio profesional. Critica por ello que el juez de instancia no haya considerado necesaria la colegiación profesional para poder apreciar que hay ejercicio de la abogacía, toda vez que este criterio resulta contrario a las previsiones del art. 6 del R.D. 658/01, norma reglamentaria ésta que restringe el concepto de abogado a la persona que reúne las condiciones descritas en su art. 9, según las cuales para poder considerarse legalmente abogado es obligatoria la colegiación como tal. En consecuencia, las actividades desempeñadas por la Sra. zzzz no pueden equipararse al ejercicio de la abogacía, ni en función de los cometidos desempeñados internamente en "XXXX" como oficial 1ª administrativo, ni en función de los cometidos a los que se refiere el certificado nombrado en el segundo párrafo del quinto hecho declarado probado, a propósito del cual se destaca que ni ha sido ratificado judicialmente ni puede tener valor alguno frente al certificado oficial expedido por el Consejo General de la Abogacía Española a tenor del cual la Sra. zzzzz no ha estado colegiada, como ejerciente o no ejerciente, en ningún colegio de abogados del Estado Español.

Debe la Sala dar en este punto la razón a la parte recurrente, ya que, si bien el escrito de impugnación de la codemandada Sra. zzzzz rechaza la tesis de aquél, apoyándose en que las funciones que tiene que realizar la persona que desempeña la plaza a la que se refiere la presente convocatoria no son propiamente jurisdiccionales sino de asesoramiento interno, lo cierto es que las bases de la convocatoria se han cuidado de diferenciar la exigencia de dos requisitos independientes (uno, licenciado en Derecho, otro, acreditar experiencia mínima de tres años EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA), lo que quiere decir que, si se ha introducido tal distinción, es porque no se consideraba suficiente el ser licenciado en Derecho, como tampoco se ha considerado idóneo a estos efectos el desempeño de alguna actividad relacionada con el mundo jurídico (como, por ejemplo, pudiera ser el trabajo en una gestoría), porque, de haber sido así, no se hubiera exigido con la claridad con que se ha hecho el acreditar el ejercicio de la abogacía.

Si esta exigencia ha sido idónea o no a efectos del puesto a desempeñar es algo que la Sala no puede revisar. Nosotros sólo podemos pronunciarnos sobre los presupuestos que deben concurrir para considerar legalmente cumplido tal requisito y, visto el contenido del repetido R.D. 658/01, la conclusión es ineludible: el ejercicio de la abogacía requiere el alta en un colegio de abogados.

CUARTO.- Ciertamente, la indicada regulación es inequívoca, al disponer en su art. 6 que "Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico".

Mientras el art. 9 concreta que: "1. Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados. - 2. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado a quienes lo sean de acuerdo con la precedente

definición, y en los términos previstos por el artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. - 3. No obstante, podrán seguir utilizando la denominación de abogado, añadiendo siempre la expresión "sin ejercicio", quienes cesen en el ejercicio de dicha profesión después de haber ejercido al menos veinte años. - 4. También podrán pertenecer a los Colegios de Abogados, con la denominación de colegiados no ejercientes, quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13.1 de este Estatuto General".

Por su parte el art. 11 especifica que "Para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley o por este Estatuto General. Bastará la incorporación a un solo Colegio, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado".

De modo que no hay duda en cuanto a que es inexcusable para poder considerar a alguien como abogado ejerciente el que esa persona esté inscrita en el colegio profesional de abogados, hasta el punto de que el art. 11 de la repetida norma reglamentaria prescribe, en los apartados 2 y 3 del art. 7, respectivamente, que "2. Los órganos de la abogacía, en sus respectivos ámbitos, velarán por los medios legales a su alcance para que se remuevan los impedimentos de cualquier clase que se opongan a la intervención en derecho de los abogados, incluidos los normativos, así como para que se reconozca la exclusividad de su actuación. - 3. Los Colegios de Abogados, los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas y el Consejo General ejercitarán las acciones que fueren procedentes por presuntos delitos o faltas de intrusismo".

**QUINTO-** Tal exigencia de colegiación profesional como presupuesto inexcusable para poder atribuir a un licenciado en Derecho la consideración de abogado ningún reproche legal merece, según dijera la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2003, recordando la doctrina de la previa sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 194/98. Dice aquélla sentencia:

"En cuanto a la compatibilidad entre la colegiación obligatoria y la libertad negativa de asociación, que es la cuestión específicamente suscitada en este recurso de amparo, señaló en la citada Sentencia, reiterando la doctrina de la STC 89/1989, de 11 de mayo, que «la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el art. 36». En este sentido, precisó que esta afirmación había sido hecha en la mencionada STC 89/1989, de 11 de mayo, «no sin antes recordar que los Colegios Profesionales constituyen una típica especie de corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión que constituye un servicio al común se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, por otra parte, ya ha garantizado el propio Estado con la expedición de título habilitante».

(...) Por lo que se refiere, en concreto, a la exigencia de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos o del personal que presta su servicio en el ámbito de la Administración pública, este Tribunal tuvo ya ocasión de declarar que «es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos... de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración pública, sin pretender ejercer privadamente, con lo cual viene a privarse

de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos (STC 69/1985)». En tales supuestos, «la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los colegios profesionales. Corresponde, pues, al legislador y a la Administración pública, determinar por razón de la relación funcional con carácter general, en qué supuestos y condiciones, al tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa y por tanto de carácter público, excepcionalmente dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado» (STC 131/1989, de 17 de julio; doctrina que reitera la STC 194/1998). Y al respecto se recuerda también en la última de las Sentencias citadas que «la obligación de incorporación a un colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios».

De todo lo cual se deduce sin duda alguna que el desempeño de la abogacía está reservada a quien se encuentra colegiado como tal en el correspondiente colegio profesional, y que la sola excepción a esta regla es la referida a los funcionarios que actúa en el ámbito exclusivo de la Administración Pública.

**SEXTO.-** Dicho esto, la conclusión es que no puede entenderse que la Sra. zzzz acredite el requisito de la convocatoria consistente en experiencia mínima de 3 años en el ejercicio de la abogacía, puesto que hemos visto, al revisar los hechos declarados probados, que nunca ha estado de alta en ningún colegio de abogados de España.

Por lo tanto, si nunca ha estado colegiada ni desempeñado actividad de abogacía, ni tampoco ha actuado como funcionaria en el exclusivo desempeño de actividad equivalente a la abogacía en el seno de una Administración (y en este punto basta tener en cuenta que "XXXX", antigua "AAAA", no es Administración pública y que las funciones de la Sra. zzzz han sido las propias de su categoría profesional de oficial administrativa), prospera la petición de nulidad del nombramiento de la citada trabajadora como técnico de asesoramiento y contratación en la Dirección Corporativa de protección civil y seguridad de "XXX" en Madrid.

**SÉPTIMO.-** El último motivo de recurso no es acogible se dice en él que "La declaración de nulidad del nombramiento de Dña. zzzz, conlleva implícitamente una desviación de poder por parte del Directivo responsable de la Selección, Don DDDDD, a la razón Director de Protección Civil y Seguridad de "XXXX". Acrecentada por la manifiesta contradicción existente en lo declarado en su currículum, como LICENCIADO EN CIENCIAS POLICIALES, y el certificado de contrario del Ministerio de Educación (folios 131 al 135). Por lo cual, y en aras a la tutela judicial efectiva, procedería tal y como se pide en la demanda, el nombramiento para la plaza ofertada del aquí demandante, en base a los méritos alegados en el presente recurso y acreditado en autos)".

Frente a estas alegaciones hemos de decir que la titulación académica que se autotribuye el Sr. xxxx (sobre cuyo reconocimiento oficial no procede pronunciarnos) en nada resulta relevante para decidir si el concurso cuyo resultado se impugna en este proceso ha sido bien o mal resuelto. Lo que sí es de interés en este tema es lo dicho con anterioridad: que la atribución de la plaza a la Sra. Zzzz era ilegal, porque no reúne los requisitos exigidos en la convocatoria, pero de ahí no podemos dar el salto en cuanto a que la plaza en cuestión haya de asignarse forzosamente al recurrente, ya que la designación

debía hacerse entre los tres integrantes de la terna seleccionada y, descartado uno de sus miembros, quedan dos, cuya valoración de méritos ni compete a esta Sala ni podría hacerlo, habida cuenta que no consta ninguna de las cualificaciones acreditadas por el tercer candidato en liza, el Sr. ssss.

Así pues, corresponde al órgano competente tomar la decisión correspondiente en cuanto a los dos solicitantes de la plaza cuestionada.

**OCTAVO.-** En coherencia, no estando acreditado que la repetida plaza corresponde al recurrente, tampoco podrá entenderse que haya sido indebidamente privada de ella ni que le corresponda indemnización alguna por esa inexistente privación.

El recurso se estima parcialmente.

**NOVENO.-** No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el art. 233.1 L.P.L es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

## F A L L A M O S

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. xxxx contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 11 de los de MADRID de fecha 11 DE DICIEMBRE DE 2007, en sus autos 556/06, seguidos a instancia de D. xxxx contra DÑA. yyyy, D. ssss Y "ADMINISTRADOR DE XXXX" en reclamación de DERECHOS. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y, con estimación parcial de la demanda, declaramos la nulidad del nombramiento de la Sra. zzzz como técnico de asesoramiento y contratación en la dirección corporativa de protección civil y seguridad de "XXXX" en Madrid; declaramos igualmente que la empresa debe proceder a la designación de la persona que debe, cubrir tal puesto entre los dos integrantes restantes de la terna inicialmente seleccionada. Condenamos a la citada empresa a estar y pasar por tal declaración y a proceder a los actos que la hagan efectiva. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1.995, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible

recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228 ), que el depósito de los 300,51 € deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal nº1006, de la calle Barquillo nº49, de Madrid 28004, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 28260000003616/07ecurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la c/ Miguel Ángel nº 17, de Madrid 28010, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995 , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia el,por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe,

en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.



85/08  
Cuenca  
Rec. cont.  
FIRME

1/04/09 - F

Recurso Apelación núm. 269 de 2007

Cuenca

COPIA

SENTENCIA Nº 77

**SALA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.**

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

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

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **269/07** del recurso de Apelación seguido a instancia del **SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM)**, representado y dirigido por el Sr. Letrado de la Junta, contra Dª. **CARMEN ESCOS QUILEZ**, que ha estado representada por la Procuradora Sra. Paños Córcoles y dirigida por la Letrada Dª. Yolanda García Page, sobre **CONTRATACIÓN DE PERSONAL LABORAL**; siendo Ponente el Itmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste.

SESCAM  
demandante  
est.



### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Cuenca, de fecha dieciocho de septiembre de 2007, número 269/07 recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 312/07. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: “Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup>. Carmen Escos Quilez contra el Sescam, debo declarar y declaro procedente el derecho de dicha parte a la percepción de trienios en los términos reflejados en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución; todo ello sin costas” ..

**SEGUNDO.-** El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

**TERCERO.-** El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 9 de marzo de 2009 a las 10,30 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Cuenca se fundamenta en primer lugar en la prescripción de la acción; dado que se pretende por el recurrente el abono del concepto retributivo de trienios en el periodo de 20-1-03 al 20-1-04, y teniendo en cuenta que esta pretensión fue desestimada por el Juzgado de lo Social el 21 de enero de 2004, y a su vez esta resolución fue anulada por Sentencia de la Social del TSJ de CLM, el 17-5-06, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, el plazo para el ejercicio de la acción sería de un año, habiendo prescrito el derecho para reclamar estas percepciones económicas desde que se pudo ejercitar.



En segundo lugar, la no aplicabilidad a este supuesto de la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencia de 13 de julio de 2006; en este caso nos encontramos con personal estatutario interino al que se aplica un régimen normativo distinto al personal laboral; de no ser así, no se habría declarado la falta de competencia del orden jurisdiccional social.

En tercer lugar, la improcedencia del abono de Trienios al personal estatutario temporal al servicio de Instituciones Sanitarias por aplicación de normativa específica. En concreto de lo establecido en el artículo 44 del Estatuto Marco del Personal Estatutario (Ley 55/2003) se desprende la anterior afirmación; considera que no es aplicable la ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público; el artículo 25 de esta Ley no deroga lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 55/2003 como sostiene el Juez de instancia, teniendo en cuenta:

- a) La exposición de motivos de la ley 7/2007 –EBEP–, que declara expresamente como norma vigente el Estatuto Marco del Personal Estatutario.
- b) El artículo 2.3 del EBEP, que para este personal remite a su regulación específica.
- c) La no derogación expresa de precepto alguno de la ley 55/2003 por la ley 7/2007
- d) El carácter supletorio de la ley 7/2007 sobre la ley 55/2003.
- e) La prevalencia de las normas jurídicas especiales, cuya derogación debe hacerse si es por norma general, de forma expresa, o bien por otra norma especial de la misma clase.

**SEGUNDO.-** En relación a la prescripción denunciada debemos hacer dos precisiones; en primer lugar, la aplicabilidad o no al presente caso del régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en particular del artículo 59.1 en discutible toda vez que estamos hablando del Personal Estatutario; y en segundo lugar, que no es exacto la afirmación de la Sentencia en el primer fundamento de que “no importa realmente el periodo reclamado, ya que estamos ante la exigencia de del reconocimiento a la percepción de trienios, como hecho continuado, que se repite en el tiempo, y que por tanto no culmina en un momento determinado que exija la interposición del recurso...”; y no es cierto, porque a la recurrente se le han reconocido los trienios completados desde el 10 de junio de 1985 (7), siendo la fecha de dicho reconocimiento “a efectos retributivos” el 9 de noviembre de 2006, fecha en la que



adquiere la condición de personal estatutario fijo, abonándosele la cantidad mensual de 234,85 € (a partir del 10 de junio de 2009 completó el 8º trienio). Dicho reconocimiento se hizo en aplicación de la ley 70/1978 de 26 de diciembre de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, al Personal Estatutario del INS, y el RD 1181/89 de 29 de septiembre, como aparece en el Expediente. Por tanto no se trata del reconocimiento de un derecho futuro, sino que se le abone una cantidad dejada de percibir por trienios en un periodo concreto en que tenía la condición de “personal estatutario interino”; en concreto, teniendo en cuenta el suplico de la demanda, lo que pretende es el abono de cuatro trienios completados en la cantidad que corresponda, en el periodo desde el 20 de enero de 2003 al 20 de enero de 2004, así como el derecho a percibir la cuantía por dicho concepto con un año de retroactividad; teniendo en cuenta lo anterior, se plantea no solo el tema de la prescripción sino incluso la posible inadmisibilidad de la apelación en razón a la cuantía.

**TERCERO.-** Entrando en el análisis de la cuestión de fondo, la estimación del recurso es procedente; la normativa de aplicación sería en primer lugar, el artículo 44 de la Ley 55/2003 que dice:

“El personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios”.

El Juez de Instancia considera el anterior precepto derogado a virtud de la cláusula general derogatoria establecida en el apartado g) de la Disposición Derogatoria Única del Estatuto del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007 de 12 de abril que dice que quedan derogadas,

“Todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto.”,

y todo ello desde el momento en que el artículo 2.3 y 4 del EBEP referido al ámbito de aplicación dice:

“El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades



Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el art. 20, y los arts. 22.3, 24 y 84”.

“Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”.

Y el artículo 25 del EBEP en orden a las retribuciones de los funcionarios interinos dice:

“Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo.”

No estamos en este caso ante un problema de derogación normativa y consiguiente aplicación de la norma posterior. Al recurrente ya se le reconocieron los trienios completados en la condición de interino por los servicios prestados desde el año 1990, si bien con efectos retributivos desde el 9 de noviembre de 2006, cuando adquirió la condición de “fijo” y no desde la entrada en vigor del EBEP, por aplicación de lo dispuesto en la Ley 70/1978 de 26 de diciembre de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, al Personal Estatutario del INS y el RD 1181/89; la aplicación del artículo 25 del EBEP hubiera sido incluso más perjudicial al recurrente al entrar en vigor después del 9 de noviembre de 2006, pero en todo caso, este precepto reafirma la tesis aquí expuesta, pues no reconoce efectos retributivos a los trienios completados sino desde su entrada en vigor.

Por lo tanto puede suscitarse el problema interpretativo en relación con el personal estatutario interino, en cuanto al abono de los trienios completados después de la entrada en vigor del EBEP, pero no es el caso planteado.

En la demanda se justificaba la pretensión en base al principio de igualdad, ya que el personal laboral interino sí se les había reconocido esta retribución por trienios. Pretensión que no tiene cabida toda vez que no estamos ante personal laboral sino estatutario, regulado por normativa específica, que por otro lado era de aplicación en el periodo al que se circunscribe la petición de abono de trienios, anterior a la entrada en vigor del EBEP.



**CUARTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, no procede efectuar imposición de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

**FALLAMOS**

- 1.º Estimamos el recurso de apelación.
- 2.º Revocamos la Sentencia de instancia.
- 3.º Desestimamos el recurso contencioso administrativo.
- 4.º No procede efectuar imposición de costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

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