

Expediente Núm. 212/2019
Dictamen Núm. 27/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de agosto de 2019 -registrada de entrada el día 29 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una situación de acoso laboral en un hospital público, del acceso ilegal a su historia clínica y de la inactividad de la Administración ante la conducta delictiva.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de noviembre de 2017, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

Reprocha a la Administración sanitaria “no haber adoptado las medidas conducentes a evitar la situación de acoso” que puso en conocimiento de la misma “como empleada pública (...); no haber deducido y depurado de oficio la responsabilidad penal que se evidenciaba sin género de duda por la información pedida y certificada de accesos a su historia, obligando a la ofendida a tener que acudir al recurso de profesionales privados para plantear la correspondiente querrela, y finalmente por no tener ni antes ni ahora establecidos protocolos y medidas de seguridad que eviten que cualquier profesional, relacionado o no con sus procesos patológicos, pueda ‘curiosear’ y acceder a su historia clínica”.

En cuanto al concepto de daño moral, sostiene que según el Tribunal Supremo “se refiere al dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón que afecta a la persona que lo padece o inquietud”, para cuya valoración “en ausencia de prueba directa (...) se deberán tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso”. Y añade que “en todo caso la reparación integral del daño exige compensar también el daño moral”. Así pues, solicita una indemnización “por los daños y perjuicios sufridos”.

2. Mediante oficio de 1 de diciembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

3. El día 11 de diciembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas requiere a la perjudicada para que en un plazo de 10 días proceda a la cuantificación económica del daño o, en su defecto, indique las causas que motivan la imposibilidad de realizarla, con advertencia de que si así no lo hiciera se la tendrá por desistida de su reclamación.

El 28 de diciembre de 2017, atiende esta el requerimiento formulado y cuantifica los perjuicios sufridos en sesenta mil euros (60.000 €), de los cuales 48.000 € corresponderían al daño moral y 12.000 € a la omisión de la actuación debida por la Administración sanitaria ante la constancia de un ilícito penal, precisando que esta última cantidad se cifra “provisionalmente” dado que la sentencia no es firme al estar recurrida ante el Tribunal Supremo. Adjunta a su escrito la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 2017.

4. Mediante Resolución de 3 de enero de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas declara, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la suspensión del procedimiento en tanto recaiga resolución firme en el orden penal, lo que se comunica a la interesada a los efectos oportunos.

5. Con fecha 19 de diciembre de 2018 se recibe un escrito de la interesada en el que solicita que se prosiga con la tramitación del procedimiento, y aporta una copia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 por la que se desestiman los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de 22 de junio de 2017, cuyo contenido confirma en su integridad.

6. Mediante Resolución de 27 de diciembre de 2018 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas acuerda reiniciar la tramitación del procedimiento administrativo, dándose traslado de la misma a la reclamante.

7. Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el Gerente del Área Sanitaria VIII manifiesta el 23 de enero

de 2019 no tener constancia de “ninguna denuncia por acoso laboral, solamente tenemos escritos en los que se hace alusión a acoso”, de los cuales acompaña copia.

8. A continuación obra en el expediente el Informe Técnico de Evaluación emitido el 12 de febrero de 2019, en el que se analizan las imputaciones vertidas en el escrito de reclamación. Sobre la situación de acoso laboral, señala que “en ningún momento la reclamante ha planteado una denuncia formal por acoso”, y niega que “la Administración sanitaria haya consentido dicha conducta y que no haya puesto los medios necesarios para evitarla”. En todo caso, considera que la reclamación es extemporánea, toda vez que “la propia reclamante sitúa el supuesto acoso laboral que pudo coadyuvar a su lesión de muñeca antes del 26 de marzo de 2014 (...), sin que pueda considerarse interrumpida la prescripción por el proceso penal relativo exclusivamente a los accesos indebidos a la historia clínica”.

Por lo que se refiere a la “omisión de la actuación debida por la Administración sanitaria ante la constancia de un ilícito penal”, advierte en primer lugar sobre la falta de legitimación, ya que según el artículo 197 del Código Penal estos delitos “son perseguibles exclusivamente a instancia de parte”. No obstante, considera que “la decisión de personarse como acusación particular fue una decisión libremente tomada por la reclamante y cuyos gastos, si es que los tuvo, no puede intentar convertirlos en un daño antijurídico relacionado con la actuación de la Administración”.

Finalmente, en cuanto a los accesos ilícitos a su historia clínica, razona que “pretender que las normas en materia de protección de datos puedan impedir que quienes están autorizados para acceder a los historiales médicos no accedan a aquellos a los que no están legitimados por carecer de un vínculo asistencial es pedirle un imposible a la Administración sanitaria”. Por ello, concluye que la reclamación debe ser desestimada.

9. Con fecha 4 de junio de 2019, la compañía aseguradora comunica a la Administración que la reclamación presentada no tiene cobertura por la póliza suscrita por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

10. Concluida la fase de instrucción del procedimiento, el 20 de junio de 2019 se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El 24 de ese mismo mes comparece esta en las dependencias administrativas para examinar el expediente y se le hace entrega de un CD que contiene una copia de los documentos de que consta hasta la fecha.

El día 11 de julio de 2019, presenta la interesada un escrito de alegaciones en el que reitera el contenido de su reclamación inicial e incide, particularmente, en los “accesos ilícitos a su historia clínica”, que según ella se evidencian por “el hecho de que es con fecha 8 de julio pasado cuando se publica el Decreto 51/2019, de 21 de junio, por el que se regulan la Historia Clínica y otra Documentación Clínica, regulando ahora el control de acceso a la historia clínica”.

11. Mediante oficio de 17 de julio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

12. Con fecha 6 de agosto de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los razonamientos expuestos en el informe técnico de evaluación.

Respecto a las alegaciones formuladas por la perjudicada, en el sentido de que hasta la aprobación del Decreto de 8 de julio de 2019 no había control de los accesos a la historia clínica, señala que ello supone un “absoluto desconocimiento” de la normativa reguladora de la materia. Y asevera que el

marco normativo establecido por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica; el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el Ámbito de la Administración Electrónica, “entre otros, han sido escrupulosamente respetados (por) la Administración sanitaria”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de agosto de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el 13 de noviembre de 2017, esto es, varios años después de que transcurriesen los hechos que la motivan. En concreto, la interesada refiere acumuladamente haber sufrido una situación de acoso laboral, la omisión de la actuación debida por parte de la Administración sanitaria ante la constancia de un ilícito penal y los accesos ilícitos a su historia clínica.

Respecto a los accesos a la historia clínica y la pasividad de la Administración al no emprender acciones legales, si bien los hechos se remontan a los años 2010 y 2011 hemos de tener en cuenta que, según el relato de la reclamante, con fecha 5 de septiembre de 2014 solicitó a la Gerencia del Área Sanitaria VIII “la relación de usuarios que habían accedido a su historia clínica al sospechar la comisión de hechos delictivos por comentarios que tendrían su fundamento en el conocimiento de la misma”, confirmándosele el 22 de enero de 2015 que una compañera había accedido a su historia el 1 de diciembre de 2010 y que otra lo habría hecho los días 13 de enero y 2 y 10 de

febrero de 2011. Además, tal y como consta en el expediente, la reclamante presentó una querrela a la que siguieron diligencias en el Juzgado de Instrucción N.º 3 de Langreo que dieron lugar a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 2017, en la que se condena a dos compañeras de la interesada como autoras de un delito de descubrimiento y revelación de secretos al haber accedido, sin autorización ni consentimiento, a la historia clínica de aquella y se le reconoce una indemnización de 6.000 euros; fallo que ha sido íntegramente confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018.

Al respecto, el artículo 37.2 de la LRJSP establece -al igual que disponía el artículo 146, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que “La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”. El Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 23 de enero de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:337-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) ha declarado que “la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos (...), de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido”, añadiendo que su “adecuada interpretación (...) exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en

todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Así las cosas, teniendo presente que las actuaciones penales se iniciaron en el año 2015 -habiendo tenido la perjudicada conocimiento de los hechos que son objeto de la presente reclamación en junio de ese mismo año-, y que existe coincidencia en los sujetos intervinientes y en los hechos enjuiciados en los órdenes penal y administrativo, consideramos interrumpido el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la reclamación de responsabilidad patrimonial por la exigencia de responsabilidad penal. Por tanto, dada la fecha en la que se dicta la sentencia -22 de junio de 2017- que condena a las compañeras de la interesada como autoras de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, que es recurrida en casación, hemos de concluir que en el momento de presentación de la reclamación -13 de noviembre de 2017- no había transcurrido el plazo de un año legalmente determinado.

Ahora bien, respecto a la situación de acoso laboral, debemos tener en cuenta que la interesada manifiesta haber puesto en conocimiento de la Administración sanitaria “diversos hechos y circunstancias que a su juicio constituían acoso laboral” y que no se adoptaron las medidas oportunas. Afirma que por escrito de 26 de marzo de 2014 trasladó a la Dirección Gerencia del Hospital “la situación de acoso laboral que venía sufriendo, con comentarios y acciones hostiles, degradantes y humillantes, incremento inadmisibles de carga de trabajo”. Añade que el 22 de septiembre de ese mismo año remitió un nuevo escrito a la Gerencia en el que hacía constar que en el año 2012 ya había denunciado “verbalmente (...) el acoso sufrido por parte de la entonces Coordinadora”, reseñando que, en concreto, “solicitó comisión de servicios en enero y abril de 2013, marzo de 2014 y octubre de 2014” que fue desestimada pese a la existencia de un informe de medicina laboral, emitido el 21 de marzo de 2013, que recomendaba la reubicación de la trabajadora. Con relación al invocado acoso, el autor del informe técnico de evaluación considera

que la reclamación es extemporánea, toda vez que “la propia reclamante sitúa el supuesto acoso laboral que pudo coadyuvar a su lesión de muñeca antes del 26 de marzo de 2014 (...), sin que pueda considerarse interrumpida la prescripción por el proceso penal relativo exclusivamente a los accesos indebidos a la historia clínica”.

En consecuencia, a la luz de los términos en los que se formula la pretensión resarcitoria -en la que se deducen con separación las consecuencias de la actuación omisiva de la Administración ante el acoso y los accesos ilícitos a la historia clínica-, es evidente que los hechos sustanciados en el orden penal no guardan relación con la situación de acoso, que se describe por referencia a hechos anteriores. Por tanto, la acción ejercitada el 13 de noviembre de 2017 quedaría incurso en prescripción respecto al supuesto acoso laboral.

En definitiva, el análisis de fondo de la pretensión examinada solo procede en relación con la presunta omisión de la actuación debida por parte de la Administración ante los accesos ilegítimos a la historia clínica de la interesada, constitutivos de infracción penal, que son los únicos hechos por los que se acciona en plazo.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, observamos que la solicitud de subsanación cursada a la perjudicada el 11 de diciembre de 2017 al objeto de que aporte la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial yerra al vincular su desatención con el desistimiento de la reclamación. Al respecto, ya hemos advertido que el

artículo 67 de la LPAC -en el que se regulan las solicitudes de iniciación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, y cuyo apartado 2 establece los aspectos que “se deberán especificar” en la reclamación- precisa, en cuanto a la evaluación económica de la responsabilidad, que solo debe reflejarse “si fuera posible” (por todos, Dictamen Núm. 251/2019). Por tanto, la intimación formulada carece de fundamento, pues una eventual falta de aportación de la evaluación económica en caso de no ser posible en el momento en el que se requiere no supone incumplimiento del deber de subsanar y no puede dar lugar a una resolución por desistimiento.

Asimismo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “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”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SIXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se interesa una indemnización por los daños derivados de una situación de acoso laboral y la omisión de la actuación debida por la Administración sanitaria ante la constancia de un ilícito penal, consistente en el acceso indebido a la historia clínica de la reclamante por unas compañeras de trabajo.

Sobre la primera cuestión, ya hemos señalado en la consideración tercera que la acción resulta extemporánea, lo que excluye cualquier análisis sobre la procedencia de la reclamación en relación con el supuesto acoso laboral.

Respecto a la actuación delictiva, la perjudicada reprocha a la Administración no haber comunicado al Ministerio Fiscal la comisión de un ilícito penal -el acceso a su historia clínica-, obligándola a presentar una querrela por delito de revelación de secretos que derivó a la postre en una sentencia condenatoria para las trabajadoras. Manifiesta que mediante escrito de 22 de enero de 2015 la Dirección Gerencia del Hospital responde a su requerimiento de información indicando que dos personas habían tenido acceso a su historia clínica en los años 2010 y 2011, por lo que interesó "la depuración de las responsabilidades administrativas y judiciales penales que correspondiesen", recibiendo un escrito de 24 de julio de 2015 por medio del cual se procedía "al sobreseimiento y archivo de las actuaciones", reseñándose en el mismo -según indica- que "a pesar de la gravedad de los hechos denunciados y que constan acreditados se encontrarían prescritos dado el tiempo transcurrido (más de cuatro años el más próximo)". De la falta de traslado a la Fiscalía y la decisión de archivo deduce la reclamante un daño moral.

Al respecto, este Consejo viene estableciendo que "la realidad y efectividad del daño constituye el presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, lo que implica su necesaria y plena acreditación", cuya falta de concurrencia "supondría la ausencia de un requisito esencial para la eventual declaración de responsabilidad de la Administración pública, conduciendo, sin más, a la desestimación de la reclamación" (entre otros, Dictamen Núm. 279/2014). Sin embargo, en el supuesto examinado la interesada no concreta en qué consisten los padecimientos derivados de las acciones u omisiones administrativas, observándose además que la decisión de archivo pudo ser recurrida por la

ofendida y el traslado a la Fiscalía de los hechos constitutivos de delito opera igualmente mediante denuncia de la perjudicada, quien presentó querrela y obtuvo la correspondiente sentencia, por lo que el daño invocado no puede ser otro que el asociado a que la ofendida por el delito hubiera afrontado el proceso sin el concurso de la Administración, que no se personó ni formuló acusación, y ese padecimiento moral vinculado a la falta de personación de la Administración en las actuaciones penales carece de entidad suficiente para erigirse en daño indemnizable. Es más, la invocada desasistencia la sufre la reclamante al emprender sus acciones penales, sin que en el cómputo del plazo de prescripción para reclamar por ese supuesto daño deba interferir la posterior sentencia, por lo que la acción resarcitoria ejercitada estaría prescrita. Ha de advertirse adicionalmente que no se reclaman como daño los costes del proceso -constando que la contraparte fue condenada en costas-, y la sentencia de la Audiencia Provincial impone a las autoras del delito una condena de prisión, multa e inhabilitación, amén de su responsabilidad civil. En suma, no se objetiva un padecimiento atendible en quien acude al ejercicio de las acciones que le asisten para ver satisfechas sus pretensiones o para la aplicación del *ius puniendi* porque el ofendido por el delito no ostenta un derecho subjetivo a que se persiga y depure de oficio por iniciativa de la Administración, por lo que de la incomparecencia de esta no se deduce ningún daño susceptible de ser resarcido.

Por otro lado, invoca la reclamante el perjuicio moral subsiguiente a los accesos ilegítimos a su historia clínica informatizada en cuanto que violentan su ámbito de intimidad. En efecto, la jurisprudencia entiende que solo con el acceso se perjudica el derecho a la intimidad del paciente, y así lo declara en el caso de autos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de junio de 2017, al mencionar "la doctrina jurisprudencial de la que es expresión la (Sentencia del Tribunal Supremo) de 3 de febrero de 2016, que cita la de 9 de diciembre de 2010 añadiendo que el carácter sensible de los datos a los que se accede incorpora el perjuicio típico, y que las distintas modalidades de acción

implican una agresión a la custodia de los datos que aparece expresada con el término `sin estar autorizado´´.

Incontrovertida la realidad de ese daño, nuestro análisis ha de partir necesariamente del examen de compatibilidad entre el resarcimiento que ahora se impetra y las cantidades ya percibidas en concepto de responsabilidad civil derivada del delito. Resulta acreditado en el expediente que la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia el 22 de junio de 2017, condenando a dos compañeras de la interesada como autoras de un delito de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 198 del Código Penal) a las penas, para cada una de ellas, de dos años, seis meses y un día de prisión, multa de dieciocho meses con una cuota diaria de seis euros e inhabilitación absoluta por seis años, así como a abonar a la demandante de forma conjunta y solidaria la cantidad de 6.000 € en concepto de responsabilidad civil. Dicha sentencia fue confirmada en casación por el Tribunal Supremo el 31 de octubre de 2018.

Esta compatibilidad ha sido objeto de análisis por el Consejo de Estado en la Memoria del año 1999, donde afirma que "la Administración podrá ejercer las acciones pertinentes contra los responsables a fin de obtener el resarcimiento de lo abonado, conforme a lo prevenido en el artículo 1.158 del Código Civil; pero el perjudicado podría pretender ambas indemnizaciones: la del condenado en vía penal (sobre la base de lo dispuesto en el Código Penal sobre responsabilidad civil derivada del delito) y la de la Administración (fundada en lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes, con independencia de la existencia de un ilícito penal). Frente a tal pretensión, debe recordarse y mantenerse el límite que impone el principio de indemnidad./ En efecto, la responsabilidad administrativa está basada en el principio de indemnidad y limitada por el mismo, por lo que se halla proscrita (...) la duplicidad indemnizatoria que pudiera producirse en el supuesto de referencia (si un tercero -y no la Administración- fuera condenado como responsable civil por los daños derivados del delito), lo que podría lograrse de distintas formas. Ciertamente, podría suspenderse el procedimiento administrativo si se

considerara necesaria la determinación de los hechos para la fijación de la responsabilidad patrimonial; pero también podría declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración -si concurren los presupuestos determinantes de tal declaración- y por la cuantía que se estimara, condicionando el derecho a percibir una indemnización a la cesión del crédito -hasta la cuantía de la indemnización abonada por la Administración- que pudiera declararse en su momento en concepto de responsabilidad civil derivada del delito. En cualquier caso, debería hacerse una reserva por parte de la Administración encaminada a evitar que el perjudicado obtenga dos indemnizaciones por un mismo perjuicio en lo que excedieran de la evaluación de éste”.

En el supuesto analizado, dado que la pretensión de responsabilidad se deduce con posterioridad a la sentencia penal condenatoria, basta con acudir a las pretensiones allí ventiladas para despejar si el perjuicio que ahora se reclama ha sido ya reparado o es un daño distinto. Al respecto, la Audiencia Provincial razona en la referida sentencia que “toda persona criminalmente responsable de un delito también lo es civilmente y debe proceder a la reparación de los daños y perjuicios causados conforme a lo previsto en los arts. 109, 116 y concordantes del Código Penal, traduciéndose, en el presente caso, en la necesidad de reparar los inequívocos menoscabos causados que dimanen del sentir la profanación de los datos íntimos a los que ilegítimamente se accedió por las autoras. En esta base indemnizatoria no se puede incluir el menoscabo que se relaciona con el padecimiento psicológico que alega la acusación particular, pues no hay prueba del mismo, tal y como se reconoció en el trámite de informe, donde se hizo patente que no se aportaron los dictámenes facultativos pretendidamente expresivos de los mismos, pero ello no excluye aquel otro componente de daño moral que sí se explicita como tal en la reclamación que contiene la conclusión provisional de esa parte, elevada a definitiva. Por tal concepto se considera adecuada la cantidad de seis mil euros”.

En definitiva, nos enfrentamos a un daño -el inequívoco asociado a la profanación de la intimidad- que ya ha sido resarcido, junto a otro que la interesada articula como “padecimiento psicológico” singular que requiere de una puntual prueba -que aquí tampoco se aporta- y, tal como se razona en la sentencia recaída, ese componente adicional del menoscabo no se presume, ni basta su mera invocación, sino que precisa de un sustento probatorio, ausente también en este procedimiento. Ello nos conduce a estimar que el daño acreditado, en cuanto unido indefectiblemente a la conducta delictiva juzgada, ya ha sido objeto de reparación integral, por lo que no puede estimarse la pretensión que ahora se deduce sin incurrir en duplicidad indemnizatoria.

En esta misma línea, se advierte que los pronunciamientos judiciales en materia de daños sufridos por funcionarios (por todos, Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2017 -ECLI:ES:AN:2017:5255-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) justifican la compatibilidad de la indemnización con “la percepción por el funcionario afectado de las prestaciones económicas determinadas por la legislación asistencial sectorial” en la circunstancia de que se trata de “una evaluación apriorística y objetiva del quebranto mínimo” que “no cuida, pues, de individualizar o matizar los perjuicios cuantitativa y cualitativamente, en función de las distintas circunstancias personales, familiares o profesionales”. *A contrario sensu*, debemos reparar en que la valoración de la responsabilidad civil derivada del delito sí atiende a las circunstancias particulares de cada caso, al daño efectivamente sufrido por el ofendido.

A mayor abundamiento, aunque se hubiese acreditado la existencia de daños susceptibles de ser indemnizados nuestro pronunciamiento sería igualmente desestimatorio, al no apreciarse la existencia del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño causado.

En efecto, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce el derecho de todas las personas “A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas

y privadas que colaboren con el sistema público” (artículo 10.3), y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, garantiza el derecho de toda persona “a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley” (artículo 7). Sobre el archivo de las historias clínicas, esta norma atribuye su custodia a la “dirección del centro sanitario” (artículo 17.4), garantizando “su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información” (artículo 14.2) mediante una “custodia activa y diligente de las historias clínicas” (artículo 19). Asimismo se exige el establecimiento de procedimientos “para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso” (artículo 16.7), remitiendo el artículo 17.6 a la entonces vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal -derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales-, y disponiendo la aplicación a la documentación clínica de “las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal”.

Es evidente, por tanto, que la Administración sanitaria está obligada a implantar sistemas y protocolos que garanticen un nivel alto de protección de los datos especialmente sensibles, como los relativos a la salud, exigiendo el máximo respeto a la intimidad y confidencialidad del usuario. Por su parte, el personal facultativo solo podrá acceder a los datos del paciente con el que tenga un vínculo asistencial y por razón del diagnóstico o tratamiento del mismo, quedando sujetos al “deber de secreto” (artículos 16.1 y 16.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

Como se expone en los antecedentes de hecho de la sentencia penal, las acusadas “prestaban sus servicios profesionales, con carácter interino, como fisioterapeutas en el Hospital disponiendo en esa condición de acceso, con nombre de usuario y clave personal individualizada, al historial clínico de sus

pacientes”. La víctima “era compañera de trabajo de las acusadas, las cuales, sin conocimiento ni autorización de ella, respecto de la que tampoco tenían una relación asistencial, y aprovechándose de su empleo, accedieron, a través de aquellos códigos de usuario y claves personales, a su historial médico”.

En este contexto, no cabe anudar a una conducta omisiva de la Administración el funcionamiento “anormal” que podría fundar la responsabilidad directa. No consta que el Servicio de Salud del Principado de Asturias haya incumplido su deber de archivo, custodia y vigilancia de la historia clínica, acreditándose que contaba con un protocolo que garantizaba el acceso legal a los datos de los pacientes mediante un sistema seguro a través de claves personales, que a su vez identifican y dejan una huella digital de la identidad del profesional que accede, así como de los datos consultados. De hecho, es precisamente esa huella la que, como se apunta en el informe técnico de evaluación, ha posibilitado que “un acceso indebido haya sido inequívocamente detectado y puesto de manifiesto, permitiendo condenar penalmente a quienes delictivamente lo han llevado a cabo”.

Pretender que, en aplicación de la normativa de protección de datos, deba cercenarse *a limine* el acceso de los profesionales sanitarios a los historiales médicos de su entorno mientras no se acredite un vínculo asistencial no resulta acorde con la regulación vigente de tal acceso, a la que se debe atener el dictamen que emitimos, que es fruto, a su vez, del entendimiento de que su fin esencial de protección de la salud comporta ciertas servidumbres reconocidas. Lo anterior no es óbice para que en los centros sanitarios, cuando se considere oportuno, se vayan implementando nuevos protocolos en aras de la intimidad de los usuarios conforme los avances tecnológicos permitan conjugar agilidad y restricción. Precisamente a esta inquietud responde la reciente aprobación del Decreto 51/2019, de 21 de junio, por el que se regulan la Historia Clínica y otra Documentación Clínica, que establece los supuestos, las condiciones y los límites del uso, acceso y cesión de los datos contenidos en las historias clínicas, de conformidad con la normativa vigente en materia de

información y documentación clínica y de protección de datos personales; todo ello con especial atención a la historia clínica electrónica.

En definitiva, nos encontramos ante un delito doloso de descubrimiento y revelación de secretos cometido por empleados públicos que actúan contraviniendo sus deberes como tales y cuyas consecuencias dañosas ya han sido reparadas en el seno del proceso penal, sin que se acrediten daños adicionales ni un funcionamiento anormal de la Administración.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.