

En Pamplona/Iruña, a ocho de febrero de dos mil doce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, el presente rollo de apelación núm. 315/2011 formado para la sustanciación del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia 196/2011 de fecha 25 de mayo de 2011, dictada en los autos procedentes del Jdo. Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona/Iruña, Procedimiento Ordinario 42/2009, seguido para la sustanciación del recurso contencioso-administrativo formulado frente a desestimación presunta en virtud de silencio administrativo de la reclamación por Responsabilidad Patrimonial de la Administración formulada con fecha 15 de mayo de 2008 ante el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (Expediente 9918/2008). Siendo partes: como apelante, Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea representado y dirigido por el Letrado de la Comunidad Foral Navarra; y, como apelados D. Juan Ramón, D<sup>a</sup> Milagros y D<sup>a</sup> Maite (representada por D. Juan Ramón Goya Arive) representados por el procurador D. Joaquín Taberna Carvajal y dirigidos por el letrado D. Luis Antonio Iribarren Udobro, venimos en resolver en base a los siguientes

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 25 de mayo de 2011 se dictó la Sentencia núm. 196 por el Jdo. Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona/Iruña cuyo fallo contiene el tenor literal siguiente: "Que debo estimar como estimo en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Joaquín Taberna Carvajal, en nombre y representación de D. Juan Ramón, Milagros y Maite (representada por Juan Ramón), contra la actuación administrativa referenciada y debo declarar y declaro que la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los hoy demandantes frente al Servicio Navarro de Salud es disconforme a derecho por lo que se anula, quedando sin efecto, y debo declarar y declaro el derecho de los demandantes a percibir la suma de 125.000 euros actualizada con arreglo al Índice de precios al consumo, desde la fecha de /e reclamación administrativa con los intereses legales que correspondan y debo condenar y condeno a la Administración demandada a la retirada de las fotografías del historial clínico informatizarlo de D<sup>a</sup> Laura, y la entrega de cualquier soporte técnico que permita su reproducción o exhibición de cualquier tipo de Imágenes que se le hayan podido realizar durante la estancia en el centro hospitalario. Sin costas".

SEGUNDO.- Por la parte demandada se ejercitó recurso de apelación en el que solicitaba su estimación con revocación de la sentencia apelada y, al que se dio el trámite legalmente establecido.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala y formado el correspondiente rollo, tras las actuaciones legalmente prevenidas, se señaló para votación y fallo el día 7 de febrero de 2012.

Es ponente el litro. Sr. Magistrado D. Antonio Rubio Perez quien expresa el

parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Respondiendo a la demanda de responsabilidad patrimonial formulada por los demandantes en primera instancia frente al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, estima la sentencia apelada en sus fundamentos de derecho decimoquinto y decimosexto que “efectivamente, se ha producido un funcionamiento anormal en el sistema sanitario público navarro en la medida en que ha permitido accesos ilegítimos a la historia clínica informatizada de la hija y hermana de los hoy demandantes que vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar de la paciente Laura, y que vulnera también el derecho a la protección de datos personales que incide no solo en la intimidad personal sino también en la familiar. De los hoy demandantes como hemos visto, Y tal funcionamiento anormal del servicio público sanitario se deriva de diversos incumplimientos. Respecto a la circunstancia o hecho de que los profesionales sanitarios carecían de autorización para la realización de fotografías de la paciente, se ha señalado por los sanitarios intervinientes, en definitiva por el SNS, que es práctica habitual del servicio de medicina intensiva, en concreto y también del Servicio de cirugía Plástica en estos casos, sacar estas fotografías para fines estrictamente terapéuticos, de tratamiento y de diagnóstico.

De la regulación citada en el escrito de demanda y de la regulación en definitiva antes relacionada, no acaba de quedar claro si es necesaria autorización expresa de la paciente o del paciente en su caso y los familiares para el supuesto de que la paciente este incapacitada como en el caso. Es claro que muchas de las actuaciones médicas que se llevan a cabo en la práctica, se hacen con el consentimiento tácito del paciente y la necesidad de sacar fotografías podría en este caso, tal y como explicaban los médicos intervinientes considerar justificada, sin embargo hay que reconocer, que son muchas las fotografías que se sacaron, son fotografías especialmente duras del cuerpo de una mujer muy joven desnudo y en un estado impactante.

Estas fotografías se ha acreditado que obraban en la historia clínica informatizada y en algunas de ellas se podía identificar 34 la cara, por lo tanto se podía identificar a la paciente, aunque después se retiraron. Sin embargo, a esas fotografías se pudo acceder, como así fue. Por otro lado tampoco se sabe hoy a ciencia cierta, que estas fotografías no sigan circulando por ahí, es decir, no sean accesibles a través del acceso, valga la redundancia a la historia clínica informatizada de Laura. Siguiendo con la cuestión relativa a la autorización, al permiso los propios médicos tienen dudas acerca de si no tenían que haber pedido permiso a la familia dadas las circunstancias concurrentes, y dada la especial gravedad de las fotografías y del estado anímico en que se encontraba la familia y desde luego de las circunstancias de la paciente.

Decimosexto.- Siguiendo con el tema de los incumplimientos de la normativa sectorial antes citada, y lo que sí ha quedado claramente evidenciado es que existe un funcionamiento anormal del servicio público sanitario en este caso,

porque no ha podido impedir el acceso casi indiscriminado de profesionales no implicados en el diagnóstico y tratamiento de la paciente al historial clínico informatizado de la misma, accesos que por ello se han considerado ilegítimos. Sobre este extremo tal y como ha quedado ya explicitado más arriba, hay prueba más que suficiente, tanto por las declaraciones de los propios médicos intervinientes como de las declaraciones de coordinadores seguridad e información del SNS, Sr. I. y desde luego qué duda cabe de las conclusiones a que ha llegado el perito judicial, ingeniero Informático y ello independientemente de las razones en su caso que haya podido tener cada uno de los profesionales digamos no directamente involucrados en el tratamiento y diagnóstico de la paciente Laura.

Esa posible justificación en su caso, podría haber sido tenido en cuenta por parte de la Administración en los expedientes disciplinarios incoados a algunos de los implicados en los accesos. Pero en realidad tal justificación resulta irrelevante a los efectos de la resolución del presente proceso, en todo lo que exceda de acreditar que los accesos al historial clínico informatizado se hace con las garantías y en los términos exigidos por /as normas de aplicación de las que antes se ha hecho mención, Se ha evidenciado que las medidas de seguridad y protocolo de trabajo de la Administración sanitaria en orden a la garantía de la protección de datos y de acceso a los historiales clínicos informatizados no son suficientes porque no han garantizado esta confidencialidad del historial clínico informatizado de Laura al permitir el acceso a personal y profesionales que no tenían que ver con su tratamiento.

SEGUNDO.- Frente a estas conclusiones y el fallo que las sigue se alza la Administración demandada alegando, en primer lugar la vulneración del art. 69 b) L.J., al no haber acordado la sentencia la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa de los recurrentes toda vez que, basada la reclamación en los daños morales causados a la hija y hermana de los recurrentes (hoy fallecida) como consecuencia de la vulneración de su derecho a la intimidad y a la propia imagen tal derecho es de carácter personalísimo y no transmisible a terceros que no pueden ejercitarlo.

La sentencia rechaza tal inadmisibilidad por dos razones, La primera, que no fue opuesta por la Administración en vía administrativa lo que impide su alegación en sede jurisdiccional, La segunda, que la intimidad violada también puede haber sido (esto se dice antes de entrar en el fondo del asunto) la de la familia de la fallecida.

Aunque no exactamente por estas razones, el pronunciamiento desestimatorio debe mantenerse, Es cierto, como sostiene la Administración, que ese óbice procesal, por ser de orden público, puede ser apreciado de oficio por lo que, conocida o sospechada su concurrencia, viene a resultar irrelevante que la parte demandada lo haya esgrimido o no en fase administrativa: y lo es también que el derecho vulnerado sea de carácter personalísimo no pudiendo acogerse lo sostenido por la parte! apelada a este respecto en el sentido de que también se haya afectado el derecho a la intimidad familiar pues cuando el art. 1 CE habla del

derecho a la intimidad personal y familiar no se refiere al derecho de la persona y de sus familiares, sino al ámbito personal o familiar del derecho del individuo. Pero siendo todo ello cierto, sí hemos de compartir con los apelados que, siendo el derecho vulnerado personalísimo, puede no obstante transmitirse a los herederos legítimos las consecuencias derivadas de su vulneración, como es la reparación del daño en este caso. Y hemos también de aceptar, con la sentencia, que en el caso presente la vulneración se ha producido en vida y “post mortem”.

TERCERO.- En segundo lugar se alega la vulneración de los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 RJPAC por no ser el daño imputable al funcionamiento de los servicios públicos.

Y ello porque, haciendo la sentencia derivar el funcionamiento anormal del servicio sanitario de los hechos de haberse tomado fotografías de la paciente sin su consentimiento y haberse producido accesos ilegítimos a su historia clínica informatizada, resulta que el acceso ha de ser libre para cualquier profesional por razones asistenciales (art. 16 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y 12 de la LE. 11/2002, de 6 de mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas y a la documentación clínica) por lo que, siendo imposible determinar “a priori” qué profesionales han de intervenir en la atención a un determinado paciente, obliga a abrir la historia a todos so riesgo de poner en peligro la asistencia sanitaria.

Y en cuanto a las fotografías, se trata de un acto clínico que puede realizarse sin el consentimiento expreso del paciente siempre que sea necesaria o transcendental para la prestación de la asistencia sanitaria, como sucedió en el caso en el que fueron tornadas por los servicios de Medicina Intensiva y Cirugía Plástica según está testificalmente acreditado, como lo está la justificación de su realización.

Bien patente es la insuficiencia de estos argumentos para refutar la conclusión de la sentencia de que hubo un funcionamiento, y anormal, en la causación del daño. Los hechos son concluyentes: hubo dos mil ochocientos veinticinco (2.825) accesos realizados por 417 usuarios Integrados en 55 servicios y procedentes de todos los centros: hospitalarios, de salud, ambulatorios, etc. del SNS siendo así que la paciente sólo estuvo en un hospital y en cuatro servicios (en uno de ellos, urgencias, muy brevemente). “Res ipsa loquitur”. La organización sanitaria tiene, probablemente, una dificultad a la hora de conciliar el derecho de los pacientes a su intimidad y propia Imagen con el libre acceso de los profesionales a la historia clínica. Técnicamente -así el informe pericial- es posible restringir el acceso. Y aunque sea difícil delimitar el ámbito de restricción, de alguna manera ha de hacerse pues de otra forma, como el caso demuestra, la ineficacia del sistema arbitrado es absoluta. Y total e inadmisibles el sacrificio del derecho en sí porque, como los preceptos antes citados señalan el acceso se ha de facilitar a los profesionales “que le (al paciente) asisten” (art. 16 L 41/2002) o a los que le atienden” (art. 12 L.F. 11/2002), no, por tanto, a todos.

Por lo que a las fotografías se refiere, aunque resulte comprensible el interés

científico de su torna y posterior uso médico -fin real que presumirnos para su obtención- también la apelante nos viene a dar la razón de su improcedencia en el caso al señalar que “puede realizarse sin consentimiento expreso siempre que sea necesaria o transcendental para la prestación de la asistencia sanitaria, circunstancia que obviamente no concurría en un supuesto en el que al decir del médico intensivista fallecen el 99'9% de los pacientes.

En resumen, dada la claridad de lo acontecido, sólo cabe concluir que, no negada la existencia del daño, éste no se justifica por la única razón de que el mismo sea consecuencia necesaria e ineludible de la necesidad de facilitar al personal sanitario el acceso a las historias clínicas.

CUARTO.- Sentado esto, resta por responder lo alegado en cuanto a la cuantía de la indemnización y la improcedencia del resto de los pronunciamientos del fallo.

Se considera desproporcionada y falta de motivación la Indemnización concedida teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (no se trata de menor de edad, ni de personaje público, ni se ha dado publicidad a los datos personales) y por ser inferiores las los tribunales vienen concediendo por la vulneración del derecho a la protección de datos.

La motivación, desde luego, existe, aunque no sea suficiente para la apelante. Y rige en este extremo el principio general de que es competencia del órgano “a quo” aunque pueda ser revisada por error manifiesto o acusada desproporción, lo que, ciertamente, no se demuestra en el caso. Lo que en el caso se ha demostrado es que la vulneración de derechos fue masiva y, correlativamente, muy grave el daño causado, por lo que no encontramos motivo para disminuir la indemnización.

El fallo obliga a retirar las fotografías de la historia clínica. Nada más congruente si se ha reputado indebida su obtención. Por igual motivo se ha de mantener la obligación impuesta a la Administración de devolver los soportes técnicos a que se refiere.

QUINTO.- Por disposición legal (art. 139.2 L.J.), las costas se han de imponer al apelante.

En atención a los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, en nombre de Su Majestad El Rey, y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo Español, nos confiere la Constitución y vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de especial y general aplicación al caso de autos.

**FALLAMOS**

Que debernos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación, ya Identificado en el encabezamiento, imponiendo sus costas a la Administración

apelante.

Con testimonio de esta resolución, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Galve Sauras.- Ignacio Merino Zalba.- Antonio Rubio Pérez.