

1. Tribuna Jurídica.
 2. Novedades Normativas.
 3. Reseña de Sentencias.
 4. Consultorio Jurídico.
-

1. Tribuna Jurídica

Sobre la nueva Ley garantizadora de los derechos de información, autonomía e intimidad de los pacientes

Introducción

1. Como se señala en el apartado dedicado a las "Novedades Normativas" correspondiente al presente número de esta Revista, sin duda la que, como tal novedad, hay que reseñar en primer lugar, no ya solo por su rango normativo, al tratarse de una Ley formal –es decir, emanada de las Cortes Generales–, sino también por su importancia material, es la recientísima *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*.

Dicha Ley ha sido publicada en el BOE del día 15 de noviembre de 2002 y, sin duda para permitir la implemen-

tación de los dispositivos necesarios para su mejor aplicación, está sometida a una *vacatio legis* relativamente prolongada, ya que no entrará en vigor hasta transcurrido el plazo de seis meses desde su publicación en el BOE, esto es, el día 16 de mayo de 2003, según establece su propia Disposición Final Única.

2. Es importante resaltar que, en el panorama de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la Ley comentada se incardina en las competencias exclusivas del Estado, en cuanto que está dirigida a garantizar determinados derechos de los españoles en condiciones de igualdad, regulando además aspectos básicos de la Sanidad (artículo 149.1, reglas 1ª y 16ª de la Constitución Española) y ello sin perjuicio de que tanto el propio Estado como las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deban adoptar las medidas neces-

rias para la efectividad de la propia Ley (Disposición Adicional Primera).

3. Por lo que se refiere a su significación material, la nueva Ley se hace eco en su Exposición de Motivos del gran interés que las Organizaciones Internacionales con competencia en estas cuestiones (Naciones Unidas, Unesco, Organización Mundial de la Salud, Unión Europea, Consejo de Europa) vienen demostrando acerca de los derechos de los pacientes que se convierten en el *eje básico de las relaciones clínico-asistenciales*.

En este contexto, un elemento normativo de primer orden, por su carácter jurídico directamente vinculante es el conocido como Convenio de Oviedo¹ (Convenio de 4 de abril de 1997, para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina), si bien, entre nosotros, la regulación del derecho a la salud, que proclama el art. 43 de la Constitución Española, precisamente en lo que atañe a los derechos de los pacientes, ya contaba con un instrumento normativo de primer orden, cual es la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad. En la medida en que tras su dictado se han

producido disposiciones que han incidido directamente en su contenido, tanto a nivel comunitario –por ejemplo, la Directiva 95/46, de 24 de octubre– como en nuestro derecho interno –así, la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal–, se hacía preciso completar la regulación de la Ley General de Sanidad, en materia de autonomía del paciente, garantías de intimidad y de información del mismo, que es lo que, en definitiva, pretende la Ley que ahora se comenta.

4. En cuanto a su configuración, la Ley 41/2002 consta de veintitres artículos, estructurados en seis capítulos, más seis Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria y una Final. De su contenido básico se da cuenta en los desarrollos subsiguientes.

II. Los Principios Generales

5. El Capítulo I de la nueva Ley, bajo el rótulo de "Principios Generales", contiene tres aspectos de significación diferente:

a) Por un lado, delimita su propio ámbito de aplicación, que alcanza a los *pacientes, usuarios y profesionales, así como a los centros y servicios sanitarios, públicos y privados*.

b) Por otro, establece lo que denomina *principios básicos* de actuación en la materia que regula, a saber:

¹ Sánchez Carazo, C. El Convenio de Oviedo. Revista Pediatría de Atención Primaria, 2001; 3: 147-169

– La dignidad personal y el respeto a la autonomía e intimidad como principios orientadores del uso de la información y documentación clínicas.

– La garantía del consentimiento informado.

– La garantía de libertad de decisión del paciente.

– El inicial derecho del paciente a negarse al tratamiento.

– La obligación del paciente de facilitar los datos relativos a su estado físico, especialmente cuando afectan al interés público.

– La obligación del profesional a prestar correctamente sus técnicas y, también, a informar y documentar su actividad, respetando la libertad del paciente.

– La obligación de reserva de la información y documentación clínica.

c) Finalmente, por otro, siguiendo una técnica normativa cada vez más arraigada, especialmente en el derecho comunitario, contiene un amplio repertorio de *definiciones legales*, que facilitan la comprensión y adecuada interpretación de la Ley.

III. Derecho de información sanitaria

6. El Capítulo II de la Ley se dedica al derecho de información sanitaria de los pacientes, estableciéndose el mismo tanto en su vertiente positiva –derecho

a recibir una información verdadera y comunicada de forma comprensible y adecuada–, como negativa –derecho a que se respete su voluntad de no ser informado–.

Como titulares del derecho de información, junto a los propios pacientes, aparecen las *personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*, cuando aquél lo permita. Tal información se proporcionará *incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado* a las posibilidades del paciente y, cuando éste carezca de toda capacidad, se dará a las personas vinculadas.

7. En un sentido distinto, se establece el derecho de los ciudadanos a la información epidemiológica, cuando los problemas sanitarios colectivos impliquen un riesgo para la salud pública o individual.

IV. Derecho a la intimidad

8. El Capítulo III se dedica al derecho a la intimidad proclamando 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*, estableciendo la obligación de los centros sanitarios de adoptar las medidas adecuadas para la garantía del tal derecho.

V. El respeto de la autonomía del paciente

9. El Capítulo IV contiene un pormenorizado desarrollo de esta materia, destacando los siguientes aspectos:

a) La exigencia de un consentimiento informado por parte del paciente, previo a toda actuación y el modo en que el mismo debe ser prestado.

b) Los límites del consentimiento informado y los supuestos en que puede ser otorgado por representación.

c) La exigencia de la información que ha de proporcionarse al paciente cuando éste ha de prestar su consentimiento por escrito.

d) La regulación del documento de *instrucciones previas*, por el que un mayor de edad manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que, por las circunstancias, no sea capaz de expresarlas.

e) Los derechos cualificados de los pacientes del Sistema Nacional de Salud, sobre servicios disponibles y a efectos de elección de médico y centro.

VI. La historia clínica, el informe de alta y otra documentación clínica

10. Los Capítulos V y VI de la Ley que se comenta se dedican al tratamiento de las cuestiones arriba epigrafiadas.

Respecto de la historia clínica se afirma

que la misma *comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro.*

A partir de dicha conceptualización, y sin perjuicio del establecimiento de la obligación genérica de cada centro de proceder al archivo de las historias clínicas de sus pacientes, se prevé también que las Administraciones Sanitarias deben adoptar *mecanismos que garanticen la autenticidad* de los contenidos de las historias; e, igualmente, que las Comunidades Autónomas pueden aprobar las disposiciones necesarias en orden a la adopción de *las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o pérdida accidental.*

Además, existe una pormenorizada regulación de la historia clínica que afecta a los siguientes aspectos:

- A su contenido mínimo exigible.
- A los usos que puede darse a la misma.
- A la conservación de la documentación clínica.
- A los derechos de acceso de la historia clínica por parte del paciente, así como

a los derechos de este último para que se establezcan mecanismos de *custodia activa* y *diligente* de las historias clínicas.

11. Por lo demás, se establece una regulación específica del *informe de alta* que todo paciente, familiar o persona vinculada tiene derecho a recibir una vez finalizado el proceso asistencial.

12. Igualmente se regula el alta del paciente en los supuestos en que éste se niegue a aceptar el tratamiento prescrito.

13. Finalmente, la norma concluye con determinadas previsiones relativas a la *emisión de certificados médicos* y a las obligaciones que los profesionales sanitarios tienen en materia de información a efectos estadísticos o similares.

Abdón Pedrajas Moreno

*Catedrático de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Socio Director del Bufete Abdón Pedrajas*

2. Novedades Normativas (DEL 15-6-2002 AL 15-11-2002)

A. Normativa Estatal

Ministerio de Sanidad y Consumo

Leyes

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del pa-

ciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE 15-11-2002, núm. 274).

Esta Ley centra su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, destacando la humanización de los servicios sanitarios. Se mantiene el máximo respeto a la dignidad humana y a la libertad individual, y declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud, que deberá asegurarse en condiciones de respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación.

Asimismo, refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente y trata con profundidad todo lo referente a la documentación clínica generada en los centros asistenciales, subrayando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto.

Reales Decretos

Real Decreto 599/2002, de 1 de julio, sobre identificación de personal de Servicios Centrales y ampliación de los me-

dios económicos traspasados a la Comunidad Autónoma de Madrid por Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (IN-SALUD). (BOE 3-7-2002, núm. 158).

Real Decreto 710/2002, de 19 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, en lo referente a los que incorporen derivados estables de la sangre o plasma humanos. (BOE 20-7-2002, núm. 173).

Mediante el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, se incorporó al ordenamiento jurídico español la legislación europea en esta materia, constituida por la Directiva del Consejo 93/42/CEE, de 14 de junio, cuyos objetivos fundamentales consisten en proteger la salud y seguridad de los pacientes y usuarios, así como asegurar la libre circulación de estos productos.

El Real Decreto 710/2002, de 19 de julio, tiene como objetivo incorporar al ámbito de aplicación de la Directiva 93/42/CEE los productos sanitarios fabricados utilizando sustancias derivadas de la sangre o del plasma humanos, si bien los productos sanitarios que incorporan otras sustancias derivadas de tejidos de origen humano quedan exclui-

dos del ámbito de aplicación de esta disposición.

Real Decreto 711/2002, de 19 de julio, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamentos de uso humano. (BOE 20-7-2002, núm. 173).

Este Real Decreto tiene la condición de legislación sobre productos farmacéuticos de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.6ª de la CE, desarrolla el capítulo VI del Título II de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, e incorpora al Ordenamiento Jurídico interno la Directiva 2000/38/CE de la Comisión, de 5 de junio, por la que se modifica el capítulo V bis "Farmacovigilancia" de la Directiva 75/319/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre especialidades farmacéuticas.

Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE 3-8-2002, núm. 185).

Real Decreto 1001/2002, de 27 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales del Consejo General de Colegios de Fisioterapeutas. (BOE 9-10-2002, núm. 242).

Real Decreto 1002/2002, de 27 de septiembre, por el que se regula la

venta y utilización de aparatos de bronceado mediante radiaciones ultravioletas (BOE 10-10-2002, núm. 243).

Real Decreto 1109/2002, de 25 de octubre, por el que se determina el ámbito territorial del Instituto de Medicina Legal en León. (BOE 14-11-2002, núm. 273).

Órdenes

Orden SCO/1647/2002, de 19 de junio, por la que se establece la utilización de pruebas de detección genómica del virus de la hepatitis C (VHC) en las donaciones de sangre. (BOE 2-7-2002, núm. 157).

Orden SCO/1840/2002, de 1 de julio, por la que se publican los Estatutos Provisionales del Consejo General de Colegios de Protésicos Dentales. (BOE 18-7-2002, núm. 171).

Orden SCO/1906/2002, de 15 de julio, por la que se incluye la sustancia parametoximetilamfetamina (PMMA) en la lista I del Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y productos psicotrópicos. (BOE 26-7-2002, núm. 178).

Orden SCO/1905/2002, de 15 de julio, por la que se aprueba la segunda edición de la Real Farmacopea Española (BOE 26-7-2002, núm. 178).

Orden SCO/2565/2002 de 14 de oc-

tubre de Delegación de Competencias del Ministerio de Sanidad y Consumo. (BOE 17-10-2002, núm. 249).

Ministerio de Justicia

Orden JUS/2644/2002, de 10 de octubre por la que se establecen los servicios de laboratorio forense de los Institutos de Medicina Legal de Granada, Málaga y Sevilla. (BOE 29-10-2002, núm. 259).

Ministerio de la Presidencia

Orden PRE/2556/2002, de 14 de octubre, por la que se incluyen las sustancias activas denominadas glifosato, tifensulfuron-metil y el ácido 2,4- Diclórofenoxiarético (2,4-D), en el anexo I del Real Decreto 2163/1994, de 4 de noviembre, por el que se implanta el sistema armonizado comunitario de autorización para comercializar y utilizar productos fitosanitarios. (BOE 17-10-2002, núm. 249).

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

Orden TAS/2252/2002, de 29 de julio, por la que se registra la Fundación Manuela Martínez para los Niños con Enfermedades Metabólicas como sanitaria y de asistencia social, y dispone su inscripción en el Registro de Fundaciones Asistenciales. (BOE 14-9-2002, núm. 221).

Orden TAS/2253/2002, de 29 de julio, por la que se registra la Fundación para el Europaciente, como sanitaria, y dispone su inscripción en el Registro de Fundaciones Asistenciales. (BOE 14-9-2002, núm. 221).

Ministerio de Sanidad y Consumo

Resoluciones

Resolución de 7 de agosto de 2002, de la Secretaría General de Sanidad, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia y el Instituto de la Salud "Carlos III" para la realización de un sistema de vigilancia epidemiológico molecular de la infección por VIH en Galicia y un estudio de investigación de los subtipos NO-B y recombinantes detectados (BOE 2-9-2002, núm. 210).

Resolución de 7 de agosto de 2002, de la Secretaría General de Sanidad, por la que se da publicidad al Convenio específico de colaboración entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco y el Instituto de Salud "Carlos III" para el desarrollo de uso tutelado de técnicas y procedimientos en las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. (BOE 2-9-2002, núm. 210).

Resolución de 26 de agosto de 2002, de la Secretaría General de Sanidad,

por la que se da publicidad al Convenio en materia de farmacovigilancia entre la Agencia Española del Medicamento del Ministerio de Sanidad y Consumo y la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (BOE 13-9-2002, núm. 220).

Resolución de 9 de octubre de 2002, de la Secretaría General de Sanidad, por la que se da publicidad al Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Melilla, para el desarrollo y la evaluación de actividades para prevenir la infección por VIH. (BOE 29-10-2002, núm. 259).

Ministerio de Economía

Resolución de 29 de julio de 2002, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publica el acuerdo de prórroga y actualización del Convenio de Asistencia Sanitaria derivada de Accidente de Tráfico para 2002 y 2003 en el ámbito de la sanidad pública de la Generalidad Valenciana. (BOE 12-8-2002, núm. 192).

B. Normativa de las Comunidades Autónomas

Comunidad Autónoma de Castilla y León
Ley 14/2002, de 25 de julio, de Pro-

moción, Atención y Protección a la infancia en Castilla y León (BOE 17-8-2002, núm. 197).

El art. 20 de la citada norma recoge el derecho del menor a la protección de la salud. El amplio concepto de derecho a la salud, que se recoge en dicho precepto, se concreta en los siguientes aspectos: la atención a la salud física y psíquica como consideración prioritaria, la educación para la salud garantizada por la Administración, el fomento de actuaciones preventivas en materia de salud y de protección frente a las drogas, el derecho del menor a recibir información sobre su estado de salud y el tratamiento médico a que sea sometido, así como el derecho a ser acompañados por los padres durante la hospitalización y, por último, la atención preferente a los niños con discapacidades, necesidades especiales o condiciones de especial riesgo sanitario.

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

Ley 5/2002, de 3 de julio, de modificación de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud (BOE 8-10-2002, núm. 241).

Esther Martínez Gutiérrez
Abogada. Bufete Abdón Pedrajas

3. Reseña de Sentencias

Penal.- Uso de información privilegiada por funcionario público. Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología de hospital público que obtenía datos personales de las mujeres que atendía para posteriormente captarlas como clientes en su clínica privada. (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha 4 de diciembre de 2002, AR 817/2002).

El TS condena al médico, como autor responsable de un delito continuado de uso indebido de información privilegiada, a las penas de cuatro años de inhabilitación especial para cargo público y multa de 1.000.000 Pts. La señalada condena deriva del hecho de la utilización de información privilegiada de la que disponía como Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología referente a los datos personales de las mujeres que habían sido sometidas a histerectomía total con doble anexectomía (extirpación de útero y ovarios), a las que enviaba propaganda de su clínica privada y de los tratamientos que allí realizaba, obligando al resto de los facultativos del Servicio a incluir en los informes de alta de las pacientes, a quienes se habían realizado tales intervenciones, la recomendación de la administración continuada, durante largo tiempo, de estró-

genos por vía transdérmica (parches) o intradérmica (implantes). A tales efectos, la figura delictiva señalada no exige el resultado de obtener beneficio económico con el uso de la información privilegiada, sino solo el ánimo de conseguir ese resultado. Igualmente, la resolución objeto de análisis, resalta que la condición de funcionario público, a los efectos penales, debe ser entendida en sentido más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo. El concepto penal de funcionario no exige las notas de incorporación y permanencia, sino la mera participación en la función pública, pues lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración (y su prestigio) y los de los administrados.

Social.- Médico Pediatra de cupo. Limitación de asignación de pacientes que ejercitan su libre elección de facultativo. No procede siempre que no se exceda el número de pacientes previsto en las normas legales. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de fecha 13 de marzo de 2002, Actualidad Laboral Ref. 908/2002).

El TSJ de Madrid, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSALUD, desestima la demanda de la actora, especialista de Pediatría, mediante la cual solicitaba que no se le asignaran más pacientes al tener asignadas un número de cartillas superior a 2.993, si bien su cupo de posibles pacientes era de 749. Es un hecho notorio que no todo titular individual beneficiario de asistencia sanitaria es paciente, pues los pediatras atienden a los hijos menores del titular de la cartilla y no a éstos. El derecho a la libre elección de facultativo tiene una doble limitación: la general, por número de tarjetas individuales de titularidad de asistencia sanitaria, y la específica, por el número máximo de pacientes posibles en una concreta especialidad médica, que, en el caso de un pediatra, conforme a lo establecido en el RD 1575/1993, es de 1250 a 1500 pacientes. Dicha norma, consistente en que el máximo de pacientes sea de 1.500 tiene una excepción, la posibilidad de asignar al facultativo un 20% más de beneficiarios, con dos limitaciones: que se mantenga la calidad del servicio y, que la decisión sea motivada, es decir, que sea expresa a fin de posibilitar su ulterior control jurisdiccional. Entran en juego tanto el interés del beneficiario (elección del facultativo), el del

INSALUD (prestación óptima de asistencia sanitaria) y el del facultativo (en el mismo sentido que el del INSALUD y, además, el personal de evitar una carga injustificada de su actividad profesional). Debe analizarse en cada supuesto concreto, cuál o cuáles de estos intereses ha de prevalecer, todo ello en función de la motivación de la decisión de sobrepasar los cupos legales, pues la capacidad del INSALUD al respecto no es limitada, porque la norma fija parámetros en los cuales la regla puede ser excepcionada (si bien, como tal excepción, merece interpretación restrictiva), cuando las circunstancias lo justifiquen.

Social.- Pediatras integrados en Equipos de Atención Primaria. Atención en guardias, límites de edad de los beneficiarios. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 19 de julio de 2001, AR 462/2001).

La indicada resolución desestima la pretensión de médico pediatra consistente en que durante las guardias en los Equipos de Atención Primaria solo estaría obligado a atender a personas de hasta 14 años de edad. A tales efectos, con cita de la Sentencia dictada por el TS en unificación de doctrina, de fecha 24 de enero de 1994 (RA 372/1994), se sostiene que no resulta una argumentación válida que el especialista no deba

asumir funciones distintas a las que desempeña durante la jornada ordinaria, dado que todo especialista debe tener los conocimientos de medicina general necesarios para prestar una adecuada primera asistencia a todo el que acude a un servicio de guardia. En los casos de servicios que agrupan varios especialistas, además de implicar la obligación de permanecer constantemente de guardia cuando solo existe un médico de la especialidad, se verían obligados a simultanear las guardias en el mismo servicio todos los especialistas en él integrados, solución a todas luces absurda, además de excesivamente gravosa en el orden económico. A mayor abundamiento, los apartados 3.a) y h) del RD 137/1984 de 11 de enero, incluye expresamente en la composición de los Equipos de Atención Primaria a "los Médicos de Medicina General y Pediatría, Puericultura de Zona, ATS o Diplomados en Enfermería, Matronas y Practicantes de Zona y Auxiliares de Clínica", y que los Equipos de Atención Primaria son elementos organizativos de carácter y estructura jerarquizados, bajo la dirección de un Coordinador Médico, así como la tradicional conexión entre el Médico General y el Pediatra puesta de manifiesto, por ejemplo, en el art. 40 del Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre que preveía incluso la

posibilidad de que la asistencia de Pediatría se encomendara al Médico General.

Social.- Reingreso de médico pediatra de cupo en situación de excedencia. Derecho al reingreso en plaza vacante tanto de zona de cupo como de Equipo de Atención Primaria. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de fecha 20 de noviembre de 2002, Actualidad Laboral Ref. A112/2002).

Con fecha 22 de octubre de 1999, se solicita el reingreso en una plaza de categoría de médico y especialidad pediatría, modalidad de atención primaria. En dicho momento, otro médico se hallaba en situación de Incapacidad Temporal y su plaza estaba cubierta por una interina. Tras la declaración de invalidez permanente del médico que ocupaba dicha plaza, ésta fue amortizada en fecha 14 de diciembre de 1999. La solicitud de reingreso se desestima, mediante resolución de fecha 8 de febrero de 2000, en base a no existir vacante de su categoría. La indicada resolución estima la pretensión del facultativo de su derecho al reingreso, razonando que es el momento de la solicitud, y no el de la resolución de la misma, el que debe tomarse en cuenta para decidir sobre ella. En el supuesto analizado, al realizarse la solicitud existía vacante por la baja de otro médico en situación de incapacidad, ha-

biéndose amortizado la plaza después de dicha solicitud, pero, además, el derecho al reingreso podía efectuarse, tanto en relación con plaza de cupo, como de Equipo de Atención Primaria.

Covadonga Fernández Álvarez

Abogada. Socia Directora Adjunta

Bufete Abdón Pedrajas

4. Consultorio Jurídico

A. Planteamiento

"En el desarrollo diario de mi trabajo como médico pediatra vengo padeciendo continuadas decisiones de los responsables del Centro que van en menoscabo de mi situación profesional e, incluso, de mi vida personal. (...) Entiendo que la motivación de todo ello está en las discrepancias que hemos mantenido y que ahora provocan que permanentemente se me esté haciendo la vida imposible. Tanto es así que actualmente estoy de baja en atención a mi situación psicológica derivada del estrés en el trabajo. ¿Cómo puedo reaccionar frente a esta situación?"

B. Cuestión

Posibilidades de accionar en derecho para poner fin a hipotéticas situaciones de acoso moral en el trabajo. Así como

para restituir los daños que de esas posibles situaciones se hubieran derivado.

C. Respuesta

La cuestión que se nos plantea, de la que se han omitido detalles en un intento de dotarla de la generalidad que este espacio reclama, se presenta como manifestación de una figura que, en los últimos tiempos, está siendo objeto de frecuente tratamiento en los medios de comunicación social: el acoso moral en el trabajo o, en término que ha hecho fortuna, el *mobbing*.

Ciertamente, con frecuencia se plantea por empleados, tanto públicos como del sector privado, la percepción de que están siendo objeto de acoso en el trabajo. Pero, la primera cuestión que procede ahora apuntar reside en la alta dosis de subjetivismo de que la materia está dotada y que se ve potenciada por la antes mencionada proliferación de alusiones al fenómeno en los medios de comunicación.

En otras palabras, la constatación de la existencia "real" de una situación de acoso moral en el trabajo exige una cierta labor de objetivación. En esta línea es preciso determinar si, efectivamente, la adopción por los superiores de ciertas decisiones, que puedan resultar contrarias a los intereses del sujeto y ser perci-

bidas por éste como muestras de una cierta persecución, o las circunstancias por las que transcurran las relaciones con los compañeros de trabajo, responden a una voluntad de perjudicar al sujeto o si, por el contrario, a pesar de ser percibida la motivación en ese sentido por el sujeto, objetivamente se ubican, por el contrario, en el campo del lícito ejercicio del poder de dirección y organización o en los razonables límites de la relación interpersonal entre compañeros de trabajo.

Dicho lo anterior, admitiendo la existencia real de una situación de acoso moral en el trabajo, se exponen ahora las respuestas que el Ordenamiento Jurídico español ofrece ante la constatación de esas ilegítimas conductas de acoso moral en el trabajo, las cuales frecuentemente generan graves problemas psicológicos a los afectados.

Hay que significar que las posibilidades de actuación no resultan idénticas en el supuesto de que el sujeto que padece la situación de acoso sea un trabajador por cuenta ajena, en el sentido del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, que en el supuesto de que el sujeto tenga la condición de personal estatutario o funcional.

Quien está vinculado por una relación laboral puede interesar la resolución de ese vínculo, con derecho a percibir una

indemnización de 45 días de salario por año de servicio. A tal fin, la concurrencia material de una situación de acoso moral, que, evidentemente, menoscaba la dignidad de la persona que lo sufre, resulta subsumible en los incumplimientos graves previstos en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, cuya constatación faculta al trabajador para interesar la extinción de su contrato de trabajo, con derecho a percibir la indemnización antes indicada.

La titularidad de esta acción no parece que esté compartida por el personal estatutario o funcional, que carecería, incluso en el improbable supuesto de que llegara a interesarle extinguir su vínculo estatutario, de la posibilidad de interesar dicha extinción con derecho a percibir la antes referida indemnización.

Sin embargo, existen otras posibilidades de enfrentarse a una situación de acoso moral en el trabajo.

Por una parte, tanto la Ley de Procedimiento Laboral (art. 175 y ss) como la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 114 y ss), para sus respectivos ámbitos de aplicación, ofrecen cauces procesales tendentes a la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Por estas vías es posible interesar no solo el reconocimiento de que la con-

ducta de la Administración, o del personal a su servicio, está quebrantando derechos fundamentales de la persona afectada por el proceso de acoso moral, sino también, en primer término, solicitar la adopción de las medidas necesarias para que esa situación deje de producirse. Entre ellas, y como meros ejemplos, podrá solicitarse que se dejen sin efecto aquellas decisiones organizativas que estén "manchadas" por la voluntad de acosar y perjudicar al sujeto destinatario de los abusos, en tanto que dichas decisiones resultan, constatada su motivación ilícita, arbitrarias. Quizá también, siguiendo con los ejemplos, si resultara conveniente a los intereses del demandante pudiera llegar a interesarse el cambio de centro de trabajo de éste, en casos extremos en los que el sujeto sufra la situación de acoso de manera generalizada o subjetivamente muy extendida.

Finalmente, los expresados cauces procesales también permiten reclamar la restitución de los daños, tanto patrimoniales como morales, que pueda haber casuado la concreción material de la situación de acoso. A tal fin podrá interesarse la condena de la Administración y de los responsables personales al abono de la indemnización que, en Derecho, resulte pertinente.

Al margen de todo ello, hay que significar que los órganos jurisdiccionales laborales ya están reconociendo naturaleza de contingencia profesional, y no de enfermedad común, a los problemas psicológicos que sufren las personas sometidas a situaciones acreditadas de acoso moral en el trabajo. En este sentido, cabe interesar, a través de la solicitud de la prestación derivada de contingencia profesional, el reconocimiento de que se está padeciendo una situación de acoso.

En la misma línea, debe admitirse que la obligación legal del empleador, sea privado o público, de neutralizar los riesgos profesionales de quienes prestan servicios para él, se traduce en que, cuando el acoso moral en el trabajo se materializa, existe un incumplimiento en materia de prevención de riesgos y seguridad en el trabajo de la que resultará responsable la empresa o Administración empleadora, en la medida en que no habría cuidado de que las condiciones en que se desempeña el trabajo en el Centro del que resulte titular sean las adecuadas. Esta situación podrá ser denunciada, por ejemplo, por quien sufra la conducta acosadora.

El expuesto constituye el marco general de acciones que, de manera más accesible, ofrece el ordenamiento para

reaccionar frente a situaciones de acoso moral en el trabajo.

Finalmente, además de reiterar la cautela con que deben valorarse las posibles situaciones de acoso moral, dada la alta dosis de subjetivismo con que las personas percibimos la motivación de decisiones que pueden resultar contrarias a nuestros intereses personales, procede subrayar los esfuerzos probatorios que, en orden a su éxito, impone el ejercicio de estas acciones. Sobre todo, como es lógico, cuando las conductas concretas en que se materializa el acoso moral en el trabajo resultan más sutiles o, también, cuando la situación resulta generalizada desde el punto de vista del sujeto activo, en el sentido de que sea protagonizada contra una o varias personas por el resto de integrantes del ámbito de trabajo.

Iván López García de la Riva

Abogado. Bufete Abdón Pedrajas

Esta sección de Medicina y Derecho ha sido realizada por Bufete Abdón Pedrajas. Abogados Asociados. Pº de la Castellana, 70, 3º (Madrid). Tfno.: 91 590 39 94, Fax. 91 590 39 98 email: bufeteabdonpedrajas@pedrajasabogados.com