

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

Doctor en Derecho

Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de Instituciones Sanitarias

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 25 DE FEBRERO DE 2011. ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

La cuestión suscitada gira sobre el reconocimiento del derecho del actor al reembolso de gastos por la asistencia sanitaria recibida en una clínica de Suiza para atender la grave dislocación de cadera sufrida por un paciente menor de edad. El enfermo fue diagnosticado de “luxación congénita de cadera” a los tres meses de edad (1993). Tras someterse a múltiples intervenciones en distintos hospitales públicos del SNS, todas ellas infructuosas y que han agravado el estado de salud del menor hasta el punto de haberse reconocido en el año 2008 una minusvalía del 77%, el padre por recomendación del equipo médico del Hospital La Paz, decide ponerse en contacto con el mejor cirujano ortopédico a nivel mundial. Previamente solicitó la autorización administrativa pertinente, que le fue denegada por entender que la prestación solicitada puede ser facilitada en el territorio nacional.

El padre decide finalmente acudir a la clínica suiza en la que su hijo es intervenido con éxito. Los gastos ascienden a 31.000 euros, que según el Tribunal, deben ser abonados por el ISFAS en su totalidad.

La fundamentación jurídica empleada por el Tribunal pivota sobre el concepto de “urgencia vital”, a lo que añade el hecho de tratarse de una técnica que no está al alcance de cualquier cirujano y que el padre lo que hizo fue seguir los consejos que le dieron los facultativos del Hospital La Paz de Madrid.

2.- STS DE 17 DE MAYO DE 2011. PRESTACIÓN FARMACÉUTICA Y DISCAPACIDAD

La gratuidad de la prestación farmacéutica a perso-

nas discapacitadas que figuran como beneficiarias del Sistema de S.S. por su condición de familiares de asegurados no pensionistas, constituye la cuestión principal sobre la que se pronuncia el TS.

La sentencia de instancia declaró el derecho de los minusválidos a la gratuidad de la prestación farmacéutica y condenó al INSS y al Servicio Canario de la Salud.

Recurrida la sentencia por ambas entidades, el TSJ de Canarias absolvió al INSS al haberse producido el traspaso de las funciones y competencias del INSALUD a la Comunidad de las Islas Canarias, si bien mantuvo la condena al SCS por entender que la Ley 13/82 de integración social del minusválido otorga la titularidad del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y farmacéutica, así como la exención de cualquier abono por el consumo de especialidades farmacéuticas, a todas las personas discapacitadas en atención precisamente, “a su situación de desventaja objetiva”.

Distinto es el parecer del T.S., para quién el artículo 12.1 de la citada Ley lo que hace es contemplar un “sistema especial de prestaciones sociales y económicas” para los discapacitados que, por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el campo de aplicación del S de la S.S, y a su vez, el art. 13 del mismo texto legal añade que “los beneficiarios del sistema especial de prestaciones asistenciales y económicas estarán exentas de abono de aportación por el consumo de especialidades farmacéuticas”.

En definitiva, se trata de un beneficio exclusivamente previsto para quienes no se encuentran incluidos en el campo de aplicación del sistema de la SS porque así lo ha querido el legislador, y en el caso que se enjuicia resulta incuestionable que al menos uno de los progenitores de los menores afectados por el litigio está incluido en el campo de aplicación del sistema de seguridad social; y en la medida en que esto es así,

habrá que concluir que sus hijos menores, discapacitados o no, también lo están, al menos a los efectos de la asistencia sanitaria y médico-farmacéutica.

3.- STSJ DE MURCIA DE 22 DE JULIO DE 2011. PRECIOS PÚBLICOS

¿El establecimiento de precios públicos para facturar por parte del Servicio de Salud la asistencia sanitaria prestada a pacientes que tienen la condición de “privados”, debe realizarse por Ley o bastaría una disposición reglamentaria?

La Sala entiende que no existe reserva de ley en este ámbito ya que la Ley estatal 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, cuyo artículo 5 exigía que fuese una ley la que estableciese las tasas y precios públicos por la prestación de servicios públicos de justicia, sanidad... ha sido derogado por la Ley 25/1998, de modo que la normativa autonómica de la Región de Murcia es perfectamente compatible con la normativa estatal.

Respecto a la competencia de Murcia para aprobar este tipo de disposiciones, la sentencia considera que la Orden impugnada encuentra acomodo competencial en los artículos del Estatuto de Autonomía de Murcia que versan sobre las competencias sanitarias.

4.- STSJ DE GALICIA DE 17 DE JUNIO DE 2011 (SALA DE LO SOCIAL). PELUCAS Y PRODUCTOS SANITARIOS

La cartera de servicios como límite prestacional presenta fisuras, al menos si tenemos en cuenta recientes pronunciamientos judiciales como el que es objeto de comentario.

Una mujer aquejada de Lupus eritematoso sistémico con afectación mucocutánea, que trabaja como procuradora de los tribunales con organismos públicos y varios despachos profesionales, presenta a consecuencia de su enfermedad una alopecia irreversible.

La mujer compra una peluca y solicita posteriormente el reembolso de gastos al SERGAS.

No estamos ante un caso de urgencia vital –art. 4-3 del RD 1030/2006-, y además, las pelucas no tienen la consideración, en sentido estricto, de producto sanitario a los efectos de quedar comprendido dentro de la prestación ortoprotésica.

Para el tribunal, “*si bien en un sentido estricto las adquisiciones de pelucas que debe realizar la actora no tienen la consideración de producto sanitario, por extensión, y vistas las consecuencias físicas que provoca la enfermedad que padece, y en un sentido amplio, cabe atribuírseles dicha consideración, por lo que dichas prótesis capilares, deben ser proporcionadas por la Seguridad Social...*”

Recientemente la STS de 7 de junio de 2011 ha conocido de un caso similar- entendiendo que la similitud estriba en que también estaríamos ante una prestación igualmente excluida de la cartera de servicios del SNS-. Se trataba de una paciente a la que en 1999 le fueron extirpadas las muelas del juicio mediante punzón, y que a resultas de tal intervención, realizada conforme a la *lex artis*, sufre intensos dolores en las articulaciones mandibulares. Se condena a la Administración sanitaria no por la intervención de extracción de las muelas del juicio- que fue correcta- sino por el daño antijurídico que representa la consiguiente falta de tratamiento rehabilitador odontológico pues “*independientemente de que la rehabilitación pretendida no se encuentre comprendida en la cartera de servicios del Insalud, o no se le debió denegar a la paciente el tratamiento rehabilitador necesario derivado de la asistencia sanitaria realizada a fin de poder recuperarse satisfactoriamente de las intervenciones quirúrgicas y evitar de ese modo los sufrimientos y los dolores intensos y psíquicos que padeció posteriormente*”.

5.- STC 22/2012 DE 16 DE FEBRERO, SOBRE EL CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA INTERPUESTO POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN RELACIÓN CON EL REAL DECRETO 1301/2006, DE 10 DE NOVIEMBRE

La Comunidad de Madrid lo que pretende con la interposición del recurso no es cuestionar la titularidad de la competencia que el Estado ha invocado para dictar el Real Decreto 1031/2006, sino el uso de esta competencia a través de una disposición reglamentaria en lugar de una ley, y por el carácter excesivamente exhaustivo y minucioso de la regulación aprobada, de modo que no deja margen de maniobra para que las Comunidades Autónomas puedan adoptar no ya políticas propias en la materia, sino tan siquiera complementar la normativa estatal.

El TC no entra a conocer del fondo de este planteamiento general, por entender que la pretensión del

Consejo de Gobierno de la CAM no está acompañada de una preceptiva fundamentación que permita conocer las razones por la que el Gobierno autonómico considera que dicha disposición reglamentaria transgrede en su totalidad el orden constitucional y estatutario, motivo por el cual, se ciñe la sentencia analizar únicamente aquéllos preceptos respecto de los cuales la demanda sí contiene la argumentación necesaria:

a) Art. 35.4 del Real Decreto sobre la fijación de un intervalo de dos años para la práctica de inspecciones sobre este tipo de establecimientos, se considera que encaja dentro de la competencia de la coordinación general de la Sanidad. “la fijación de por una norma estatal de una periodicidad en las inspecciones es una norma de seguridad que trata de establecer un criterio común de control o de evaluación de la eficacia en todo el Estado”.

b) Arts 14.2 y 26.2.

Se cuestiona la fijación de un plazo de validez a las autorizaciones administrativas que precisan estos establecimientos, por considerar que se vulnera lo previsto en el RD 1277/2003, que atribuye esta facultad a las comunidades autónomas.

El TC considera que se trata de una autorización específica, y además añade que la fijación de un plazo de validez a las autorizaciones responde a la necesidad de garantizar en todo el Estado la calidad y seguridad de los tejidos y células.

c) Art, 35.6, por el que se extienden este tipo de inspecciones a aquellos terceros con los que existan relaciones contractuales.

Para el TC, la determinación del ámbito objetivo y subjetivo de la actuación inspectora constituye un elemento normativo básico cuya fijación compete al Estado, pues se trata de fijar un ámbito común en materia de inspección.

d) Art. 3.5, que establece que estos establecimientos no tendrán carácter lucrativo, lo que a juicio de la Comunidad de Madrid, limita la posibilidad de que se establezcan empresas dedicadas al depósito de células sanguíneas de cordón umbilical dado que no se prevé beneficio comercial para las mismas.

No es procedente utilizar el cauce del conflicto de competencias para cuestionar una limitación del derecho a la libertad de empresa.

e) Art. 26.4, 30.2, 13 y 38.

Estos preceptos establecen un sistema de información destinada a la Organización Nacional de Trasplantes. La Comunidad de Madrid reprocha el diseño de los circuitos de suministro de información por imponer por partida doble el deber de informar por parte de:

- a) las autoridades sanitarias de las CCAA y por la unidad de coordinación de trasplantes de la Comunidad Autónoma, a la ONT
- b) centros y unidades autorizados, a las autoridades sanitarias de las CCAA.

Para el TC, la fijación por la norma estatal de un sistema de información como el descrito responde a la necesidad de establecer mecanismos de información coordinados entre los distintos órganos con competencia en la materia, pues sólo así la Organización Nacional de Trasplantes puede cumplir con su función de coordinar las actividades de donación, extracción, preservación, distribución y trasplante de órganos, tejidos y células. Se trata de “una manifestación de la función de coordinación constitucionalmente atribuida al Estado en materia sanitaria”.

REINTEGRO DE GASTOS

1.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 21 DE OCTUBRE DE 2011

Paciente menor de edad que es derivado por los servicios del SACYL a un centro de Madrid, donde se le practica una intervención quirúrgica, tras lo cual le fue pautada rehabilitación del daño cerebral en un centro privado ubicado en la localidad de Valladolid.

Sacyl se hizo inicialmente cargo de los gastos, si bien desde septiembre de 2009 dejó de abonar las facturas, que fueron pagadas por el padre del menor.

El asunto es enfocado por la Junta como si se tratase de un supuesto más de reintegro de gastos, y por tanto, solicita la anulación de la sentencia de instancia por no concurrir la nota de urgencia vital.

Sin embargo, el TSJ considera que en realidad de lo que se trata es de determinar si la asistencia prestada que requería el menor, debía ser sufragada por la Administración, lo que a juicio de la Sala así debió ser por dos motivos:

A) Por motivos relacionados con la naturaleza de prestación de la seguridad social que tiene la asistencia sanitaria.

No ha existido un alta médica del paciente por parte de los servicios sanitarios del Sacyl, sino lo que ha ocurrido es que la referida entidad simplemente ha dejado de abonar de facto al centro privado los gastos del tratamiento, y además sin notificar a los interesados que dejaría de cubrir dicho tratamiento rehabilitador.

Esta forma de actuar es contraria a Derecho ya que la concesión de una prestación de la Seguridad Social no puede ser suprimida unilateralmente, ya que al hacerlo se está vulnerando la prohibición recogida en la Ley de Procedimiento Laboral de la prohibición de la Administración de revisión de sus propios actos, y en segundo lugar, se está atentado contra el principio de confianza legítima de quién venía disfrutando de una prestación y es privado de ella sin acto administrativo alguno.

B) Por motivos relacionados con la configuración de ese tratamiento como prestación incluida en el SNS.

Estamos ante una prestación que forma parte de la cartera de servicios de la sanidad pública, y por ende, debe ser prestada por los servicios públicos. Si no hay centro donde pueda prestarse, y si no se deriva al enfermo a otro centro distinto, es la Administración la que debe hacerse cargo del coste de la prestación.

PROFESIONES SANITARIAS

1.- STS DE 26 DE ENERO DE 2011. REGISTROS DE PROFESIONALES SANITARIOS

Los recelos de los Colegios profesionales sobre la competencia de las Administraciones Sanitarias para organizar sus propios registros de profesionales sanitarios se manifiestan abiertamente en el presente caso del que conoce la Sala de lo contencioso-administrativo del TS.

El motivo de la discordia no es otro que la inclusión en el Registro de los profesionales sanitarios del SNS, y de los registros de los profesionales sanitarios de las distintas CCAA, de los datos correspondientes a los reconocimientos de titulaciones obtenidas

en el extranjero para el ejercicio de la profesión en nuestro país. (DA Tercera del RD 1837/2008, de 8 de noviembre).

Curiosamente el mismo precepto legal es empleado para defender tanto la tesis sostenida por el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería, como para apoyar los argumentos del Abogado del Estado: el artículo 5 de la LOPS.

Como muy bien afirma el Abogado del Estado, los Colegios Profesionales no poseen el monopolio de los Registros de Profesionales Sanitarios, comenzando porque el citado art. 5 de la LOPS admite la existencia de otros registros de profesionales sanitarios de carácter complementario a los propios de los Colegios, y es más, el mismo precepto otorga a las Administraciones Sanitarias la potestad de establecer los criterios y requisitos mínimos de dichos registros.

Pero es que el respaldo legal de estos otros registros complementarios no se agota en el citado art. 5.2 de la LOPS, sino que también a ellos se refiere el art. 8.4 y el art 43, ambos del mismo texto legal, así como el art. 13 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el art. 53 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, o el art. 16 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, sin que por otra parte exista norma alguna que imponga a la Administración del Estado la obligación de comunicar a las Corporaciones profesionales los reconocimientos otorgados.

Así pues, la impugnada Disposición Adicional Tercera del RD 1837/2008, de 8 de noviembre, no coarta la función propia del Registro que los Colegios Profesionales están obligados a llevar.

2.- AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID 1 DE DICIEMBRE DE 2011. IMPUGNACIÓN DEL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA OMC

¿Están obligados los médicos madrileños de atención primaria a facilitar a las gestantes que desean interrumpir el embarazo la información prevista en la LO 2/2010, de 3 marzo?

El recurso ha sido interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de Toledo, y la diana de su alegato impugnatorio, los artículos 55.1 y 55.2 del Código de Deontología Médica aprobado por la Organización Médica Colegial de España, por entender que atentan contra el derecho a la objeción de conciencia cuya

titularidad también corresponde a los médicos de medicina familiar y comunitaria.

El nuevo Código de Ética y Deontología, aprobado en julio de 2011 por la OMC, dispone que *“El médico está al servicio de preservar la vida a él confiada, en cualquiera de sus estadios. El que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión”*.

A juicio del TSJ de Madrid, no procede la medida solicitada por el Colegio de Médicos de Toledo de suspensión cautelar de dicho precepto, ya que *“no consta que ello sea una situación distinta a la que hasta este momento se venía produciendo ya que el derecho al aborto ya estaba legalmente reconocido máxime cuando el anterior Código obligaba a médicos atender a todos los pacientes con la misma diligencia y solicitud sin discriminación alguna, y a informar al paciente caso de exigirle éste un procedimiento que por razones éticas o científicas juzgara inadecuado o inaceptable”*.

En cumplimiento del Auto de 29 de septiembre de 2010 dictado por el TSJ de Castilla-La Mancha, se modificó la Orden de 21/06/2010, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para permitir que también pudieran acogerse a este derecho los médicos de familia, y no solo los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, anestesistas y matronas.

Recientemente se han dictado por dos juzgados malagueños otros dos autos sobre este mismo asunto, el Auto de 29 de marzo de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga, y el Auto de 30 de mayo de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Málaga, y en los que se adoptan decisiones distintas que evidencian la fragilidad de nuestro Ordenamiento Jurídico en cuestiones tan relevantes como la *“objeción de conciencia sanitaria”*.

3.- STS DE 27 DE DICIEMBRE DE 2011. CREACIÓN DE NUEVAS ESPECIALIDADES EN CIENCIAS DE LA SALUD

Recurso interpuesto por la Asociación Española de Biólogos Analistas Clínicos contra el RD 183/2008 por desconocer el derecho de este colectivo profesional a la creación y acceso a las especialidades sanitarias de genética clínica y hematología.

Como señala el Tribunal Supremo siguiendo las alegaciones realizadas por el Abogado del Estado, la parte recurrente parte de una premisa errónea, considerar que la mera realización de actividades relacionadas con la salud obliga al Gobierno a la creación de nuevos títulos de especialista vinculados a dichas actividades, configurando las especialidades como una especie de derecho subjetivo. *“El concepto actual de salud requiere, cada vez más, la participación de todo tipo de profesionales cuyos conocimientos, habilidades y técnicas contribuyen a mejorar la salud de los ciudadanos, sin que ello tenga por qué implicar la creación de nuevos títulos de especialista”*.

Precisamente para confirmar estas palabras, la Sala trae a colación el RD 1277/2003, de 10 de octubre, que cuando alude a las unidades asistenciales de Genética, establece que el responsable de las mismas será un *“facultativo”*, pero sin especificar qué titular será el que pueda hacerse cargo de tales unidades.

Por otra parte, el Supremo también pone de manifiesto el error de la Asociación al considerar que la creación del título de especialista solucionaría muchos problemas, ya que desconoce la existencia de otras vías de acceso a estos conocimientos especializados como los Masters Universitarios, los Diplomas de Área de Capacitación Específica o los Diplomas de Acreditación Avanzada, ambos regulados en la LOPS.

En definitiva, que el reglamento impugnado no incurre en ninguna ilegalidad por no incluir estas dos especialidades, sin que por ello se esté conculcando, en el caso particular de la genética clínica, el art. 56 de la Ley de Investigación Biomédica, según el cual *“todo el proceso de consejo genético y de práctica de análisis genéticos con fines sanitarios deberá ser realizado por personal cualificado y deberá llevarse a cabo en centros acreditados...”*. Este es un precepto que carece de valor ya que se remite a los requisitos de calidad, pero en nada afecta a la creación de la especialidad de genética.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- STS DE 17 DE JUNIO DE 2011. SUBROGACIÓN DE PERSONAL Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La subrogación empresarial en las relaciones laborales por aplicación del Convenio Colectivo del sector en los casos de reversión por la Administración del servicio que, hasta ese momento, era prestado por un tercero en virtud de un contrato administrativo.

Las sentencias contradictorias son dos, STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de junio de 2010, y STSJ de 8 de abril del mismo año.

El Supremo considera que en estos casos no se puede invocar la aplicación de la cláusula subrogatoria del personal contenida en el Convenio Colectivo del sector ya que:

a) Como ya dijera el TS en sentencia de 10/12/2008, *“el convenio colectivo no puede en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”*.

b) El hecho de que en este caso, el Ayuntamiento decida realizar la limpieza viaria del municipio con su propio personal no lo convierte en una empresa dedicada a la actividad de la limpieza.

c) La cláusula del convenio colectivo de absorción de personal no es de aplicación porque la Administración no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior.

2.- STS SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 7ª) DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve la impugnación interpuesta contra la adjudicación por procedimiento abierto y mediante concurso, de un contrato para el suministro de vacunas. La recurrente impugnó la adjudicación del contrato argumentando: a) valoración indebida del criterio de adjudicación *“menor coste económico”* por apartarse de lo establecido en el Pliego; b) falta de publicación en los anuncios de los subcriterios en los que se distribuyó la puntuación del criterio *“mejoras de las caracterís-*

ticas técnicas”; y c) error en la valoración de uno de dichos subcriterios.

Por lo que se refiere al primero de los motivos del recurso, la valoración del criterio de adjudicación *“menor coste económico”*, se efectuó conforme a la oferta económica más ventajosa en función del ahorro económico generado. La diferencia entre los términos empleados en el Informe de la Mesa de Contratación (*“mayor ahorro”* y *“descuento”*) y en el Pliego (*“menor coste”* y *“precio”*) no significa que la valoración se efectuara apartándose del criterio de menor coste.

A pesar de no publicarse los subcriterios en que se distribuía la valoración del criterio *“mejoras de las características técnicas”* y que la Administración, una vez conocidas las ofertas, distribuyó los puntos de forma diferente a la inicialmente comunicada, el TS confirmó el pronunciamiento del TSJ de Madrid, para el que tales anomalías, si bien podían ser motivo suficiente para estimar el recurso, carecían de trascendencia en este caso pues aún cuando se hubieran valorado los subcriterios como defendía la parte recurrente, ello no hubiese alterado el resultado de la adjudicación.

En cuanto a la tercera de las cuestiones suscitadas, según su prospecto y ficha técnica el tapón del vial del producto del adjudicatario contenía goma natural seca, que puede provocar reacciones de hipersensibilidad en personas con antecedentes de alergia al látex. No obstante, el adjudicatario presentó un certificado expedido por él mismo, al que adjuntaba certificado de composición del tapón emitido por el fabricante, indicando que el tapón no estaba fabricado con látex, lo que fue considerado suficiente por la Administración para entender que el producto estaba libre de látex. Según el TS debe darse un margen a la facultad de valoración de la Administración que consideró suficientes los certificados presentados.

RESPONSABILIDAD SANITARIA

1.- STS DE 29 DE JUNIO DE 2011. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. INFORMACIÓN SANITARIA Y DATO GENÉTICO

Un matrimonio decide someterse a una prueba de análisis genético tras conocer que ha nacido, aquejado de fibrosis quística, que es una enfermedad hereditaria, un sobrino carnal del marido.

Los análisis son realizados en el laboratorio del Hospital La Paz de Madrid y arrojan los siguientes resultados:

- a) el marido es portador de la mutación.
- b) la mujer no es portadora.

La interpretación conjunta de estos resultados supone que la descendencia podría ser o no portadora, pero en ningún caso padecería la enfermedad.

Cinco años después, el matrimonio tiene su segundo hijo al que se le diagnostica la enfermedad. La pareja se somete nuevamente a otro análisis genético que confirma el resultado respecto del marido pero, que en cambio, en relación con la mujer, da un resultado completamente contrario, ya que se dice que ella también es portadora de la enfermedad.

¿Hay responsabilidad patrimonial de la Administración? ¿Qué daños son susceptibles de ser indemnizados? ¿exclusivamente los daños morales? ¿Quién o quiénes son titulares del derecho a la indemnización por daño moral?

La existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración por daño moral se puede aplicar si extrapolamos la doctrina fijada por el TS para los casos en los que se ha producido un embarazo no deseado o cuando por error o negligencia no se ha informado a la embarazada de riesgo en el nacimiento por malformaciones u otras causas. Según dicha doctrina, en estos casos lo que se causa es un daño moral, consistente en haber provocado la pérdida de la facultad o de la opción de decidir interrumpir voluntariamente el embarazo. Aunque la sentencia no lo recoja, entiendo que se podría precisar aún más y considerar que se ha vulnerado el “*derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva*” (art. 3 de la LO 2/2010).

Dicha doctrina se considera plenamente aplicable al presente caso, en el que lo que se ha perdido ha sido la opción anticonceptiva debido a la mala y errónea información suministrada por el Laboratorio del Hospital.

La sentencia recurrida en casación reconoce a los padres una indemnización de 156.713 euros en concepto de daño moral “*que implica el no haber podido optar por tener un hijo sabiendo que los dos eran portadores del gen de la fibrosis quística*”.

Sin embargo los padres reclaman, en casación, que también se le reconozca al hijo como beneficiario de la indemnización por daños morales, daños que en su caso, dimanarían de la inadecuada relación que habrá que mantener con sus compañeros no afectados.

Nuestro Alto Tribunal desestima la pretensión de los padres por entender que ni la propia existencia del hijo, ni sus limitaciones, son debidas a la actuación de la Administración, ya que el niño, pese al error del laboratorio, podría haber nacido sano. Además, las limitaciones que va a desarrollar “*constituyen aspectos de su existencia que le convierten en diferente, pero no por eso menos valioso para quienes le rodean y para la sociedad*”.

Tan solo cabría defender la pretensión de los padres si estuviésemos ante una enfermedad que comporte una repercusión psicofísica grave, que no parece afecte al menor, que al no estar limitado intelectualmente, está en condiciones de integrarse socialmente con las limitaciones que ya se pusieron de relieve”.

En cualquier caso, esta pretensión de los padres recuerda el ejercicio de la acción “*wrongful life*”, o lo que es lo mismo, la pretensión de reconocer legitimación al hijo afectado, al que se le consideraría víctima, y titular de un derecho a no nacer con taras físicas –la doctrina Perruche, sentencia de 17 de noviembre de 2000 de la Corte de Casación Francesa–.

2.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE TOLEDO DE 31 DE ENERO DE 2012. DAÑO MORAL POR PÉRDIDA DE RESTOS FETALES

¿Genera responsabilidad patrimonial la pérdida por parte del hospital de los restos de un feto de 39 semanas, muerto durante la gestación?

En el caso en cuestión, los padres conocían que, tras el alumbramiento, los restos habían sido trasladados a un arcón funerario. Poco tiempo después solicitan formalmente al hospital la entrega de los restos fetales, a lo que el centro responde que no tiene constancia de donde pueden encontrarse. ¿pasividad de los padres o pasividad de la Administración?

Para el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, la pasividad es de ambos, la Administración por su anómala actuación en cuanto a la conservación de los restos reclamados, y pasividad por parte de los progenitores, mientras que la Administración considera

que no ha existido un mal funcionamiento del servicio público ya que debe ser la familia quién comunique a la funeraria su voluntad de cremar, enterrar o donar a la ciencia el feto, sin que exista obligación legal del Hospital de llevar registros de salida de restos abortivos.

El juzgador discrepa tanto del parecer mostrado por el órgano consultivo en su dictamen, como de la Administración Sanitaria, y señala que si ha habido pasividad por parte de la familia *“es lo cierto que esa pretendida pasividad vino sin duda motivada por el desconocimiento sobre las posibilidades de las que disponía en relación con los mismos –restos fetales-, siendo obligación del hospital informarles de las distintas opciones previstas en el Decreto 72/99, de sanidad mortuoria. Al no haberlo hecho así se ha incumplido el deber de información sancionado tanto en la Ley 8/2000 como en la nueva Ley 5/2010”*.

Dichos incumplimientos *“no solo han privado a la actora de su derecho a elegir entre los distintos fines previstos para los restos, sino que además ha conllevado el desconocimiento del destino final de los mismos (...) Es decir, que al margen de la actuación de la recurrente, la Administración no es que diera a los restos del feto de la recurrente un destino de los previstos en la normativa aún cuando fuera distinto del querido por la recurrente, sino que no ha sido capaz de dar constancia de cuál ha sido el destino final...”*

Por todo lo anterior, es evidente que se ha producido **un daño moral** derivado de la frustración del derecho a la elección del fin que debían darse a los restos así como por la pérdida de los mismos, lo que se cuantifica en una indemnización de 6.000 euros.

3.- SENTENCIA DEL TS DE 20 DE MARZO DE 2012. RECURSO 6122/2010. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA EN VARIAS CCAA

Paciente del Servicio de Salud de Castilla y León que es derivada a dos centros sanitarios de Cataluña donde recibe asistencia sanitaria defectuosa que le ocasiona importantes daños, todo ello debido a la excesiva manipulación de los *“Tubos de Montgomery”*, como así ha quedado acreditado a resultados del informe pericial y de la comprobación empírica de que, durante su posterior estancia y tratamiento en el Hospital madrileño del 12 de Octubre no se apreció la necesidad del cambio de prótesis y mejoró considerablemente de sus dolencias.

Demostrado que hubo mala praxis, la cuestión sería determinar qué Servicio de Salud debe asumir el pago de la indemnización, cifrada en 287.500 euros.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León alega falta de legitimación pasiva ya que la paciente fue atendida en otra Comunidad Autónoma, pero el TS deja bien claro que *“esta derivación de la paciente a otro centro hospitalario no supone que los servicios sanitarios de Valladolid no hayan seguido su evolución (...). La colocación el tubo de Montgomery se hizo en Cataluña, por emisión de la paciente por parte del servicio de salud de Valladolid, pero el control por especialista en Valladolid”* de modo que *“La obligación asistencial es claro que correspondía a los servicios médicos de su lugar de residencia, (Valladolid)”*.

4.- STS DE 2 DE ENERO DE 2012. EXTENSIÓN DEL DERECHO DEL PACIENTE A LA INFORMACIÓN

La presente Sentencia subraya nuevamente la relevancia que adquiere el derecho del paciente a la información, así como la correcta realización del proceso de consentimiento informado.

En relación con la primera cuestión, se reitera la necesidad de satisfacer las exigencias derivadas del derecho del paciente a ser informado, aunque precisa que este derecho no puede alcanzar la información necesaria para la elección de la técnica quirúrgica a seguir, salvo que la misma resulte relevante para los riesgos o complicaciones que se puedan producir, puesto que ello corresponde al profesional médico que difícilmente puede explicarse en términos sencillos.

FARMACIA Y MEDICAMENTOS

1.- STS, SALA DE LO CIVIL, 28 DE MAYO DE 2012, REC. NÚMERO 350/2012. RESPONSABILIDAD POR INSUFICIENTE INFORMACIÓN EN EL PROSPECTO DEL MEDICAMENTO

El TS ha declarado lógicas y conformes a las reglas de la razón las consideraciones efectuadas por la Audiencia en relación a los efectos secundarios del medicamento y en relación con la información que constaba en el prospecto.

La Audiencia Provincial de Barcelona entendió que en modo alguno podían entenderse realizadas las advertencias sobre los efectos adversos por el simple hecho de indicarse en el prospecto la composición del medicamento o la naturaleza del principio activo.

Como establece el TS, la información al consumidor se proporciona básicamente a través del prospecto y el paciente tiene derecho a ser informado de un modo completo, integral, adecuado, suficiente y comprensible de los posibles efectos adversos, contraindicaciones e interacciones, y a recibir las indicaciones para el adecuado empleo y administración del fármaco. El prospecto, según el TS, no contenía la información adecuada, suficiente y asumible por el consumidor en relación a los efectos adversos.

2.- SAN DE 28 DE MARZO DE 2012. DEFECTUOSA INFORMACIÓN DEL PROSPECTO

Se solicita que se declare la responsabilidad patrimonial del Ingesa, como consecuencia de los daños sufridos por el reclamante para quién la causa y el origen de la enfermedad contraída radica en que no fue informado en la fecha en la que se le prescribió el medicamento, del efecto adverso que dicho fármaco podría generar, fármaco que, pese a todo, había sido autorizado por la Administración Sanitaria.

La Audiencia Nacional desbarata las alegaciones de la parte recurrente a partir de la incidencia que tienen en este tipo de asuntos los riesgos del desarrollo, de modo que la posible responsabilidad de la Administración queda neutralizada por la invocación del estado de la ciencia que hace el art. 141.1 de la Ley 30/1992, que actúa a modo de fuerza mayor, lo que, en definitiva, permite eximir de responsabilidad a la Administración autorizante.

Pero es que además, añade la Sala, la aparición de resultados adversos no implica por sí mismo ni que se esté ante una especialidad farmacéutica defectuosa ni que se esté ante un daño antijurídico resarcible por la Administración, de modo que corresponde al demandante probar que la Administración, partiendo del estado de la ciencia, no actuó conforme a las evidencias científicas en ese momento disponibles.

INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

1.- STSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 9 DE MAYO DE 2011. IMPORTANCIA PROBATORIA QUE REVISTE EL CORRECTO CUMPLIMIENTO POR LOS PROFESIONALES SANITARIOS DEL DEBER DE REFLEJAR EN LA HISTORIA CLÍNICA LA ACTIVIDAD REALIZADA

El 2 de noviembre de 2004, la paciente acude al Centro de Salud de la localidad de El Viso de San Juan donde fue atendida por el médico de atención primaria de las dolencias que en ese momento refería la paciente, pero sin que el acto médico quedase documentado. Precisamente a este incumplimiento por parte del profesional sanitario del deber legal de cumplimentar la historia clínica, se anuda por la parte recurrente una posible responsabilidad de la Administración.

La inexistencia en este caso concreto de documento alguno que permita averiguar qué sucedió en realidad el día 2 de noviembre de 2004, comporta que se deba invertir la carga de la prueba para que sea la Administración (principio según el cual nadie puede aprovecharse de la propia torpeza), y no el particular, quién acredite que la actuación protagonizada por el médico de equipo de atención primaria de la localidad antes citada fue la correcta.

Condena a la Administración, no por la existencia de una mala práctica médica –que no se ha podido probar– *“sino por la pérdida de una oportunidad de tratamiento, al tener que relacionar los posibles síntomas no reflejados en la documentación clínica de esa primera visita, con la dolencia finalmente objetivada, que llevó a la muerte a la paciente”*.

En estos mismos términos se ha pronunciado **la STS de 2 de enero de 2012**, que condena a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid a abonar 50.000 € a los padres de una menor de edad en concepto de indemnización por responsabilidad patrimonial, y 400.000 € a la hija de los recurrentes, a raíz de la asistencia sanitaria prestada con ocasión del parto gemelar.

La interesada ingresó en el servicio de urgencia por amenaza de parto prematuro. Una de las gemelas presenta al nacer graves problemas neurológicos asociados al período prenatal. Los padres consideran que

hay un evidente interés por parte del hospital en que no se llegue a conocer todo lo sucedido durante el parto, ya que no consta en la HC documentos tan relevantes como la hoja de parto, el cardiograma o la bioquímica del líquido amniótico, entre otros, pues como señala el TS *“con la no aportación de esos documentos se les ha impedido poder conocer en qué momento comenzó el sufrimiento fetal y qué medidas se tomaron en función de dichos resultados”* y añade que *“la carencia de esos documentos ha impedido a la parte recurrente poder conocer y por ende acreditar la situación del feto en los momentos previos al parto, y su se estaba produciendo sufrimiento fetal”* (...) *“De esta forma hubo un quebranto de la “lex artis”, pues al no darle a los recurrentes el derecho a tener una HC completa y rigurosa con el seguimiento y lo acontecido en el parto, se les ha impedido acreditar si efectivamente se produjo o no sufrimiento fetal, con lo que es la Administración, quién habiendo debido facilitar por su disponibilidad, esta documentación, debe correr con los perjuicios de la falta de la prueba...”*

2.- STC DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2011. INTIMIDAD Y REGISTRO DE ORDENADOR

Sentencia dictada a raíz del recurso de amparo interpuesto por un ciudadano que considera que se ha violado su derecho fundamental a la intimidad debido a las intromisiones realizadas sin su consentimiento, en su ordenador personal.

El recurrente acudió al establecimiento de informática que regentaba el denunciante y le hizo entrega de su ordenador portátil con el encargo de cambiar la grabadora que no funcionaba. El encargado preguntó al recurrente si el ordenador tenía contraseña de acceso, respondiendo negativamente y sin manifestar limitación alguna en el uso del ordenador. Una vez efectuada la reparación y para comprobar el correcto funcionamiento de las piezas sustituidas el encargado escogió al azar diversos archivos para proceder a su grabación y posterior reproducción en el ordenador, lo que, al parecer, suele ser práctica habitual en estos casos, visualizando entonces las imágenes pornográficas de los menores que contenía. El testigo puso entonces tal circunstancia en conocimiento de la Policía Nacional que procedió a la intervención del portátil.

La policía procedió entonces a encender el ordenador entregado accediendo no solo a la carpeta “mis documentos”, sino también a otra carpeta perteneciente al programa de intercambio de archivos “emule”.

En primer término, el TC afirma que el cúmulo de información que se almacena en un ordenador personal, su observación por los demás permite que puedan descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano, en sintonía con el TJUE y el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-** que en su sentencia de 3 de abril de 2007, declaró que están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio, tanto *“los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo”* como *“la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet”*.

Analizando el caso concreto, el TC procede a examinar por separado las dos conductas que del demandante en amparo considera lesivas de su derecho a la intimidad:

1º.- El encargado del establecimiento de informática.

El TC considera que, pese a no existir por parte del recurrente autorización expresa al encargado de la tienda para acceder al contenido de sus archivos, hay que calificar como ajustado el comportamiento del propietario del establecimiento, que se limitó en su actuación a acceder a la carpeta “mis documentos”, mínimo necesario para realizar la referida prueba de grabación, y de hecho fue informado por el recurrente que no precisaba contraseña alguna para acceder a su contenido.

2º.- La Policía Nacional.

La autorización que el recurrente prestó para el acceso a su ordenador al propietario del establecimiento no puede extenderse al posterior acceso a los archivos por parte de la Policía. Sin embargo la actuación de los funcionarios del CNP resulta legítima ya que se constata la existencia de razones que hacían necesaria la intervención de la Policía -tales como asegurar las pruebas incriminatorias o comprobar con la conveniente premura la posibilidad de que existiesen otros partícipes-, resultando además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad.

3.- SAP DE ZARAGOZA DE 27 DE JULIO DE 2011. INTIMIDAD Y REVELACIÓN DE SECRETO

Un celador que presta servicios en una clínica privada solicita que se le practique una analítica en el

laboratorio existente en la misma clínica. Poco tiempo después llegan los resultados que muestran que el celador es seropositivo.

Una de las técnicas de laboratorio, antes de que su jefe hubiese comunicado los resultados al paciente, acude a una cena con compañeros del trabajo y comenta a varios de los asistentes que un compañero del centro ha contraído el virus del VIH y finalmente revela su identidad.

La trabajadora fue condenada a un año de prisión como autora de un delito de revelación de secreto, y se declara la responsabilidad civil subsidiaria de la clínica.

La sentencia es recurrida en apelación y se invoca la aplicación indebida del art. 199 del CP. Respecto de este primer motivo, la Sala considera que el concepto “secreto” no quiere decir que estos datos deban estar protegidos por la normativa vigente y relativa a los secretos oficiales, puesto que, de ser así, delimitaría extraordinariamente el concepto y haría ilusoria la defensa de la intimidad. En definitiva, secreto debe ser todo aquel dato o elemento referente a la intimidad cuyo titular no quiere que se conozca.

Respecto de la responsabilidad civil subsidiaria de la clínica, se confirma el pronunciamiento de la sentencia de instancia ya que existía una relación de dependencia y además una ventaja y beneficio que le suponía a la clínica el trabajo de su asalariada.

4.- STS DE 6 DE JUNIO DE 2011. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA SALUD DE UNA TERCERA PERSONA

En el curso de una relación de pareja (heterosexual), el varón, conocedor al menos desde el año 1994 de que estaba infectado con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), y que había sido informado por los médicos de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, mantuvo relaciones sexuales con su pareja sin comunicarle nada sobre su estado de salud, usando como medio de protección en sus relaciones el preservativo.

A pesar de ello, y tal y como se recoge en los hechos declarados probados, en al menos “cuatro o cinco veces” el preservativo se rompió, por lo que, a resultas de estos “accidentes”, su pareja quedó embarazada y dio a luz en el mes de agosto de 1997 una niña aparentemente sana y que poco tiempo después cayó

gravemente enferma, ingresando en el Hospital Gregorio Marañón, donde se descubrió que estaba infectada de SIDA. La menor fue contagiada por su madre durante el parto (transmisión vertical).

A raíz de tal circunstancia, se realizó un estudio médico familiar, siendo diagnosticada la pareja del acusado de infección por VIH ya que fue infectada por el acusado, al mantener con ella relaciones sexuales. Desde el nacimiento de la menor continuaron como pareja, llegando incluso a contraer posteriormente matrimonio.

Sin embargo en marzo de 2007, la mujer presentó querrela contra su marido por delito de lesiones que desembocó en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2010, en la que no se aprecia conducta imprudente por parte del acusado ya que éste seguía constante y rigurosamente, en las relaciones sexuales mantenidas con su pareja, las indicaciones médicas, protocolariamente consideradas como suficientes, consistentes en el uso del preservativo.

Distinto es el parecer del TS, para quién el dato objetivo de que el preservativo se hubiera roto “cuatro o cinco veces” resulta suficientemente revelador. En efecto, si bien es cierto que algo que en la generalidad de los casos resulta tener carácter excepcional (la rotura del preservativo), en el caso en concreto que se juzga se producía con cierta frecuencia, por lo que nos encontramos ante “un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas, o en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo...” que junto con “la evidente relación de causalidad entre dichos actos negligentes y los resultados, relación directa en el caso del contagio de la mujer; e indirecta, a través del embarazo y con motivo del parto” llevan al Tribunal a condenar al acusado como autor de sendos delitos de lesiones imprudentes.

RECURSOS HUMANOS

1.- STSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 1 DE ABRIL DE 2011. EXCEDENCIAS

Empleada del SESCOAM que ha disfrutado de una excedencia para atender el cuidado de su hijo hasta que se reincorpora al puesto de trabajo. Una vez incorporada, la interesada, teniendo en cuenta que no ha

agotado el plazo máximo de duración de esta excedencia (tres años), pretende disfrutar una excedencia fraccionada hasta que su hija cumpla los tres años.

El TSJ desestima la pretensión de la trabajadora estatutaria aplicando la previsión recogida en el art 89.4 del EBEP, de modo que al ser éste (el período de excedencia), un período único por cada sujeto causante, habrá que entender que ya se ha disfrutado. En definitiva, una temporalización de diversos períodos de excedencia por la misma circunstancia, es inviable.

2.- STS, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE 8 DE ABRIL DE 2011. REQUISITOS TITULACIÓN PROCESO SELECTIVO

Por Resolución de la Dirección General de Personal y Servicios del Servicio Andaluz de Salud de fecha 21 de octubre de 2003, se acuerda excluir definitivamente del proceso de consolidación de empleo para la selección y provisión de plazas de la categoría de Pediatras de Atención Primaria del Servicio Andaluz de Salud a una de las participantes. El motivo consiste en no reunir en el plazo establecido por la convocatoria el requisito de titulación exigido (Título de Médico Especialista en Pediatría), pues abonó las tasas de expedición del mismo con posterioridad al último día de presentación de solicitudes de participación en el proceso selectivo.

Para tener más elementos de juicio, habría que añadir que las bases de la convocatoria establecían como requisito de participación *“Reunir los siguientes requisitos de titulación o estar en condiciones de obtenerlo dentro del plazo de presentación de solicitudes”*.

Ahora bien, la base 4 de la misma convocatoria establece en relación a la presentación de documentos por los aspirantes que hubieran superado la fase de selección (por lo tanto en un momento posterior del proceso selectivo) *“Fotocopia compulsada del Título exigido en la base 2.6.1.b) o, en su caso, fotocopia de la justificación acreditativa de haberlo solicitado -habiendo abonado los correspondientes derechos para su obtención- antes de la finalización del plazo de presentación de solicitudes”*.

Esta contradicción es resuelta por el Supremo siguiendo la doctrina fijada en sentencias anteriores (entre otras, la STS de 5 de julio de 2004), donde se razona la interpretación de la expresión *“estar en condiciones de obtener el título”* y que bien podría

quedar resumida del siguiente modo *“si basta para participar en el procedimiento selectivo, no ya estar en posesión del título requerido, sino hallarse en condiciones de obtenerlo (...) está claro que no hace falta disponer de ese documento en el momento de presentar la solicitud”*.

La equívoca y contradictoria redacción de las bases a lo que nos conduciría sería a una especie de *“bucle”* al que el Supremo pone fin al considerar que el requisito del pago de las tasas *“estaba previsto en las bases de la convocatoria para un momento ulterior (tras la publicación de la resolución definitiva de aprobados) y con unos efectos distintos para el caso de incumplimiento (pérdida de los derechos que pudieran derivarse de la participación en la fase de selección)”*.

3.- STSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 25 DE FEBRERO DE 2011. COMPETENCIA PARA FIJAR CRITERIOS DE PARTICIPACIÓN EN LOS EQUIPOS EXTRAHOSPITALARIOS DE EXTRACCIÓN DE SANGRE

La cuestión central gira sobre la supuesta falta de competencia del Director de Enfermería del Hospital para fijar mediante resolución, la composición del personal de enfermería para la realización de las extracciones extrahospitalarias, a favor del Director del Centro Regional de Transfusión.

La Sala, tras analizar el Decreto 18/2005, de 15 de febrero de 2005, de la Red de Hemodonación, Hemoterapia y Hemovigilancia de Castilla-La Mancha, constata que de la norma no se extrae la consecuencia pretendida por la recurrente, ya que de dicho Decreto no se infiere que puedan incluirse dentro de las competencias exclusivas del Director del Centro Regional de Transfusión, el encargo de trabajos extraordinarios de extracciones extrahospitalarias. Por tanto, se ratifica la competencia de la Dirección de Enfermería para designar las personas que realicen dicha actividad.

Como segunda cuestión se alegaba la posible arbitrariedad de los criterios fijados al efecto, desvaneciéndose cualquier atisbo de éxito de este alegato desde el momento en que se puede comprobar la existencia de una orden para proceder al llamamiento empleando para ello criterios lógicos, objetivos y atendibles, como son:

- a) En primer lugar, quienes forman parte del ser-

vicio o unidad.

b) En su defecto, el personal del resto de unidades del complejo hospitalario.

4.- STS DE 30 DE JUNIO DE 2011. EL DERECHO DE DEFENSA EN PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Relevante Sentencia del Tribunal Supremo sobre la instrucción de los expedientes disciplinarios. Hasta ahora, venía siendo pacífico que el expedientado debía esperar a la notificación del pliego de cargos para, a continuación, y tras conocer la delimitación fáctica y jurídica de los hechos, pasar a diseñar su estrategia de defensa.

El TS, apoyándose en la doctrina del TC, discrepa de esta forma de instruir los expedientes en un caso en el que a un médico se le impone la sanción disciplinaria de separación del servicio por realizar exploraciones innecesarias y comunicar diagnósticos de los que, en cambio, no quedaba constancia alguna en la historia clínica.

El médico recurre la decisión administrativa y aduce para lograr que se anule la sanción que se le ha impedido intervenir en la práctica de los interrogatorios realizados a los pacientes y ordenados por la instructora, todo ello agravado por la negativa a permitir la intervención de uno de sus Letrados en la práctica de nuevas declaraciones de pacientes. Además esgrime que la indefensión que con ello se le ocasionó se vio aumentada al no haber tenido ocasión de articular los medios de prueba pertinentes.

Finalmente, alega también que el pliego de cargos estaba viciado de nulidad por infracción de lo dispuesto en el art. 35 del RD 33/1986, por haberse omitido en el mismo cualquier alusión a la infracción que se le imputaba y sanciones que pudieran ser de aplicación

Los argumentos utilizados por la Administración se resumen en:

1.- Que la pretensión del recurrente de intervenir (por sí o por sus Letrados) en los interrogatorios de las afectadas o de los testigos, perjudicaría la averiguación de los hechos, coartando la libre manifestación de las personas que declaran, siendo su presencia un acto de intimidación tal que podría coartar la libre manifestación de las declarantes.

2.- Que la sentencia yerra al equiparar de manera absoluta el procedimiento disciplinario con el procedimiento penal, confunde las fases de instrucción del expediente disciplinario con la fase probatoria de dicho procedimiento.

3.- En ningún precepto de la normativa aplicable se determina que en la toma de declaración de las personas reclamantes o testigos de los hechos, realizadas a instancia del Instructor del expediente, deba estar presente el expedientado o su representante.

4.- El expedientado ha tenido oportunidad de discutir y de rebatir los testimonios en su contra en los momentos oportunos de tramitación, que son tras la formulación del pliego de cargos, momento esencial del procedimiento en garantía del expedientado, quien puede alegar en su descargo cuanto estime oportuno y proponer las pruebas cuya práctica le interesen.

Ninguno de los argumentos empleados logra convencer al TS de la inexistencia de la indefensión alegada por la representación letrada del facultativo.

5.- STS DE 23 DE MARZO DE 2011. LAS RETRIBUCIONES DE LAS GUARDIAS REALIZADAS POR LOS FACULTATIVOS QUE PRESTAN SERVICIOS EN LA SANIDAD CONCERTADA, ¿ESTATUTO MARCO O ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES?

¿Es aplicable al personal sanitario que presta servicios como personal laboral en la Red de Hospitales de Utilización Pública y de los Centros de Atención Primaria concertados de Cataluña las previsiones contenidas en el Estatuto Marco sobre jornada complementaria, o por el contrario, el exceso de jornada de este personal deberá retribuirse conforme a lo dispuesto en el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores relativo a las horas extraordinarias?

A juicio de los recurrentes, las asociaciones empresariales Unió Catalana de Hospitales, y el Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social, el Estatuto Marco resulta plenamente aplicable, de modo que las horas realizadas en régimen de atención continuada nunca podrían ser cobradas como si fuesen horas extraordinarias. En apoyo de esta afirmación, se invoca la Disposición Adicional Segunda del Estatuto Marco, por la que se declara aplicable al personal sanitario “*cualquiera que sea el vínculo jurídico de su relación de empleo*”, el “*régimen de jornada y de*

descansos establecidos en la sección 1 del capítulo X de esta ley”, así como la doctrina del propio TS fijada en las sentencias de 3 de Noviembre de 2009 y 15 de enero de 2010.

Sin embargo, el TS entiende que la aplicación de la Disposición Adicional antes mentada no resulta de aplicación automática sino que requiere el cumplimiento alternativo de dos condiciones:

a) que la materia no aparezca regulada en el convenio colectivo aplicable.

b) que la regulación del Estatuto Marco en la materia resulte más beneficiosa.

Ninguna de estas dos condiciones concurren en el presente caso ya que lo relativo a la jornada y descansos sí que está regulado en el Convenio aplicable, y por otro, los propios recurrentes reconocen más favorable la regulación convencional.

En cuanto a la doctrina traída a colación para respaldar las tesis de la recurrente, la Sala tampoco considera que pueda ser de aplicación por cuanto ambas resoluciones se referían a médicos que prestaban servicios para el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Recordemos que en las sentencias de contraste, el TS analizaba la procedencia de retribuir como horas extraordinarias el tiempo de trabajo realizado como jornada complementaria por el personal laboral –no estatutario- que prestaba sus servicios en instituciones sanitarias públicas. La cuestión litigiosa se reducía a determinar si resultaba de aplicación el art. 35.1 del TRET, en cuyo caso las guardias de presencia física que excedan de las 40 horas semanales deberían abonarse como horas extras, o por el contrario, si debería ser de aplicación el régimen estatutario de jornada y retribuciones toda vez que el propio convenio colectivo hacía una remisión a esta legislación estatutaria.

El TS consideró que sí se debía aplicar al personal laboral que presta servicios en instituciones sanitarias públicas el régimen de jornada del personal estatutario, pero no tanto por lo que establece al respecto el Convenio Colectivo sino por tratarse de una imposición legal que derivaría de lo dispuesto en el art. 2.3 del EM (no citaba, en cambio, en ningún caso, la posible aplicación de la Disposición Adicional Segunda del Estatuto Marco). Así pues el régimen jurídico aplicable sería el del Estatuto Marco, añadiendo que la colisión entre lo que dice la normativa estatutaria,

que en su art. 48 es clara al establecer que “la jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extras”, y lo que establece el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 35 debe ser resuelta aplicando el principio “*lex specialis derogat lex generalis*”.

6.- STJUE DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011. VALORACIÓN DE SERVICIOS PRESTADOS COMO FUNCIONARIO INTERINO

Funcionario de la Junta de Andalucía que prestó servicios para dicha Administración autonómica durante el lapso de tiempo comprendido entre 1989 y 2005, año en el que finalmente toma posesión como funcionario de carrera. En el año 2007, dicha Administración regional publicó una Orden mediante la que se convocaban pruebas selectivas por el sistema de promoción interna, y entre los requisitos para poder participar se encontraba poseer una antigüedad de diez años como funcionario de carrera en un determinado grupo, y además se especificaba que no serían computables los servicios prestados como personal interino o laboral en cualquiera de las Administraciones Públicas.

Aunque el interesado carecía tanto del requisito de la titulación como de la antigüedad como funcionario de carrera, se presenta a las pruebas selectivas, es admitido, y supera las dos fases selectivas quedando incluido en el listado definitivo de aprobados. Sin embargo sus expectativas se ven truncadas cuando en marzo de 2009 se anula la promoción por carecer tanto del requisito de la antigüedad como del requisito de la titulación.

El funcionario considera que esta resolución vulnera el principio de no discriminación establecido en el Acuerdo marco y en la Directiva aprobada para su aplicación, acude a los tribunales ya que entiende que los servicios prestados desde 1989 a 2005 sí que debían ser tenidos en cuenta para calcular la antigüedad.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo plantea al TJUE plantea varias cuestiones prejudiciales, en esencia, si un Estado miembro puede someter el derecho a la promoción interna en la función pública, accesible únicamente a los funcionarios de carrera, al requisito de que los candidatos hayan prestado servicios durante un determinado período como funcionarios de carrera, excluyendo la posibilidad de que se tomen en consideración los períodos de servicios prestados como funcionarios interinos.

Junto a esta cuestión, que representa el fondo del asunto, se añade otra de índole procesal, y es que el interesado interpuso el recurso contencioso-administrativo una vez que había transcurrido el plazo de dos meses a contar desde la publicación de la convocatoria.

A juicio del TJUE, para determinar si el no reconocimiento de los períodos de servicios prestados como funcionario interino constituye una discriminación, se ha de comprobar si cuando ejercía sus funciones como funcionario interino, se encontraba en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera admitidos a participar en el proceso de promoción interna. Para ello, el tribunal nacional debe tener en cuenta la naturaleza de las funciones ejercidas por el interesado como funcionario interino y la calidad de la experiencia adquirida en esta condición.

Si a resultas de esta labor de comprobación se apreciase por el tribunal nacional que las funciones desempeñadas como funcionario interino eran similares a las realizadas por un funcionario de carrera perteneciente al grupo exigido en la convocatoria, habría que realizar una segunda comprobación para verificar si existe o no una razón objetiva que justificara que no se tomaran en consideración dichos períodos de servicio. En todo caso la sentencia precisa que la simple referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no resultaría conforme a Derecho, y por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido del Acuerdo marco.

En cuanto al hecho de haber transcurrido el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo, el TJUE discrepa respecto del momento en el que debió iniciarse el cómputo de dicho plazo. Hay que tener presente que el funcionario fue admitido al proceso selectivo y su nombre figuraba en el listado definitivo de aprobados, de modo que computar tal plazo preclusivo desde la publicación de la convocatoria podía hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Acuerdo marco. Es decir, el plazo debería haberse iniciado a partir de la notificación de la resolución por la que se anulaba su promoción.

7.- STSJ DE MADRID DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2011. PROVISIÓN DE PUESTOS DIRECTIVOS Y TITULACIÓN

Dos sociedades médicas, un sindicato y el colegio de

médicos de Madrid contra el Decreto 52/2010, de 29 de julio, por el que se establecen las estructuras básicas sanitarias y directivas de Atención Primaria del Área Única de Salud de la Comunidad de Madrid.

Los motivos son distintos. En el caso de las asociaciones y organización colegial, el punto de mira está puesto en el artículo 9 de la norma reglamentaria por entender que contraviene la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

El citado precepto reglamentario establece que serán funciones propias del Director del Centro de Salud, entre otras, la representación y dirección del centro, la organización de los profesionales y de la actividad del centro, la evaluación del desempeño y la propuesta de las medidas de incentivar. ¿Pueden ser estas funciones asumidas por cualquier profesional sanitario, sea facultativo o no, o por el contrario, como entienden los recurrentes, es preciso que el cargo deba recaer en un licenciado en Medicina?

El Tribunal da la razón a las asociaciones médicas y a la organización colegial por considerar que de conformidad con las funciones que el art. 6.1 de la LOPS atribuye a los licenciados sanitarios, *“es lógico que dicho cargo deba recaer en un licenciado en Medicina, ya que las atribuciones del Director del Centro de Salud no se concretan en una mera función de representación de un equipo de profesionales sanitarios, sino que se le asignan funciones que no pueden ser realizadas por un profesional sanitario que no ostente la condición de facultativo, al no reunir la capacidad, conocimientos y titulación suficiente”*.

Pero es que además, la relación de funciones que el Decreto atribuye al Director del Centro también afecta a otros dos preceptos de la LOPS, el artículo 9 sobre relaciones interprofesionales y trabajo en equipo, y el art. 10 sobre funciones de gestión clínica. En ambos casos, el desempeño de este tipo de funciones está ligado igualmente a la posesión de conocimientos y competencia que únicamente pueden atesorar aquellos profesionales que ostenten la condición de médico facultativo.

Finalmente también se invoca la vulneración de la Disposición Adicional Décima de la LOPS, que *establece que las Administraciones Sanitarias establecerán los mecanismos de evaluación del desempeño de las funciones de dirección y de los resultados obtenidos, evaluación que se efectuará con carácter periódico...”*

Por el contrario, el Decreto impugnado no establece mecanismos concretos para evaluar el desempeño de las funciones de dirección., limitándose a proclamar que *“la continuidad como Director del Centro de Salud quedará vinculada a la evaluación del desempeño, entendida como el procedimiento mediante el cual se mide y valora la trayectoria profesional y el rendimiento o el logro de resultados”*.

La organización sindical centra sus ataques en la vulneración de la legislación estatal por entender que la disposición administrativa contraviene lo previsto en el art. 56 de la Ley General de Sanidad, que regula el Area de Salud y su extensión, que no puede ser inferior a 200.000 habitantes ni superior a 250.000.

Sin embargo, este motivo no prospera ya que la Sala considera que el propio precepto legal invocado permite excepciones para el establecimiento del Area Única, y además recuerda que la recurrente no formuló en su momento tacha alguna de inconstitucionalidad a la Ley 6/2009, de Libertad de elección en la sanidad de la Comunidad de Madrid.

Este es un aspecto polémico, pues aunque la sentencia dictada por el tribunal madrileño no lo recoja ni las partes la citen, el TSJ de Andalucía en sentencia de 20 de julio de 2009 sí declaró la nulidad del Decreto 259/2001, de 27 noviembre, por el que se determinan las competencias y estructuras de las Delegaciones Provinciales de la Consejería, se delimitan las Áreas de Salud y se establecen las normas reguladoras de los Consejos de Salud del Área.

La STS de 8 de noviembre de 2011, rec. 5458/2009, ha disipado cualquier posible duda que pudiera existir sobre estas demarcaciones geográficas y su modificación. En la Sentencia se discute la legalidad del Decreto andaluz por el que se delimitan las Areas de Salud y se establecen las normas reguladoras de los Consejos de Salud de Area.

El Tribunal Supremo no aprecia la ilegalidad declarada por el Tribunal andaluz, ya que el módulo de población no es el criterio exclusivo ni determinante, pues también han de tomarse en consideración otra serie de factores recogidos en el apartado 4º de la Ley estatal. Por tanto *“resulta insuficiente la sola comparación de la población de las provincias andaluzas con las que establece el nº 5º del art. 56 de la ley*

General de Sanidad, para de ello concluir inequívocamente la vulneración del mandato dirigido a la Comunidad Autónoma, de delimitación en su territorio de las demarcaciones de las Areas de Salud”.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) INFORME 19/2011 DE LA JUNTA CNSULTA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA LA INSTALACIÓN DE TELEVISORES EN LAS HABITACIONES DE LOS CENTROS HOSPITALARIOS

La Junta, tras descartar la calificación de *“concesión demanial”* ya que en estos casos prima el interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiere la ocupación privativa de un bien demanial, considera que el tipo de contrato administrativo que mejor se ajusta a las características del objeto del contrato –en el que hay que tener en cuenta quién asume el coste del servicio es el usuario- por considerar que con arreglo a la LCSP, la otra alternativa posible, a saber, la categoría de contratos administrativos especiales, ha quedado enormemente restringida.

En efecto, el Informe, apoyándose en la Recomendación 1/201, de 6 de abril, sobre diversos aspectos, entre ellos el de la calificación jurídica de los contratos, entiende que la actual amplitud de la categoría del contrato de servicios permite que podamos incluir el objeto de este contrato dentro de la categoría 27 *“otros servicios”*.

La Junta considera que en un contrato como el que nos ocupa el beneficiario es la Administración, frente a un contrato privado de concesión de uso demanial, ya que en este otro tipo de contratos, el beneficiario es el particular o el usuario.

Para justificar lo que en apariencia resulta difícil de entender si tenemos en cuenta que quién paga el servicio es el paciente, y quién lo disfruta sigue siendo también el paciente, la Junta dice que aunque el destinatario final del servicio es el paciente, la beneficiaria es la Administración por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público sanitario.

Pero, aún restaría por comprobar, una vez descartadas otras opciones, si en efecto concurren los requisitos que exige la LCSP a los contratos de servicios:

a) Que el objeto sea la obtención de un resultado distinto del de una obra o un suministro

b) El carácter oneroso. La onerosidad para la Administración estriba, no ya en el pago del canon, que le corresponde al paciente, sino en la cesión de uso de sus dependencias para la instalación de los televisores.

c) La beneficiaria debe ser la Administración, que de este modo obtiene un valor añadido para sus instalaciones sanitarias, aunque personalmente, me resulta un tanto artificial el argumento empleado por la Junta. De hecho, la Junta, consciente de la dificultad de defender tal calificación jurídica en un supuesto en el que quién disfruta y paga el servicio es el usuario del hospital y no la Administración, se ve obligada a recurrir a otro argumento adicional para desterrar por completo la sombra del “*contrato de gestión de servicio público*”.

B) JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE ARAGÓN. INFORME DE 6 DE JULIO DE 2011

El artículo 135.2 de la Ley impone al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa la carga de aportar una documentación determinada en el plazo establecido de 10 días hábiles, pero ¿se puede prorrogar este plazo?

Sí, solo podría concederse una única prórroga que no excede de 5 días hábiles, y tanto la solicitud de ampliación, como la decisión sobre la misma, se tendrán que producir antes que finalice el plazo.

La segunda cuestión, ¿tiene la Administración el deber de dar oportunidad de subsanación al interesado cuando la documentación aportada en plazo para cumplimentar el requerimiento, adolece de un defecto subsanable?

La respuesta es afirmativa, y se podría aplicar a tal efecto el plazo no superior a 3 días hábiles previsto en el art. 81 del RD 1098/2001.

En cuanto a qué sucedería si el licitador no cumplimentara adecuadamente el requerimiento, la LCSP impone el deber de realizar un nuevo requerimiento

a licitador que haya presentado la siguiente oferta.

Una última cuestión que analiza el informe, ¿cómo afecta a la vigencia del contrato la existencia de una prohibición para contratar antes de formalizar el contrato y con posterioridad a su formalización?

En el primer caso, si existe antes de la formalización, pero se constata después, conlleva la nulidad del contrato que entra en fase de liquidación.

En el segundo caso, si aparece con posterioridad a la formalización del contrato, no podrá dar lugar a la resolución del contrato a no ser que haya sido configurada expresamente en los pliegos como causa de resolución.

C) INSTRUCCIÓN 2/2011, DE 27 DE OCTUBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA

El Real Decreto Ley 5/2011, instaura la obligación de comprobar que los trabajadores de los contratistas o subcontratistas están afiliados y dados de alta en la SS cuando se contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios por razón de una actividad empresarial.

En el ámbito de la contratación pública, la anterior obligación supone que las Administraciones tienen que realizar estas comprobaciones cuando:

a) El objeto del contrato de obras o servicios resulta necesario para llevar a cabo su actividad, aunque no se corresponda exactamente con el objeto de ésta.

b) Cuando estas actividades se tengan que prestar de forma continuada en sus centros de trabajo.

Por tanto se considera adecuado que los órganos de contratación lleven a cabo dicha comprobación antes de la adjudicación del contrato, y solo en relación con la empresa propuesta como adjudicataria. De esta manera el requerimiento que se hacía al abrigo de lo previsto en el art. 135 de la LCSP, tendría que incluir también el deber de acreditar que los trabajadores que ocupará en la ejecución del contrato están afiliados y dados de alta en la SS.

El cumplimiento de esta obligación también se podría efectuar si la empresa propuesta como adjudicataria aporta una declaración responsable en la que

declara que aún no ha contratado a los trabajadores, y que acreditará la afiliación y alta cuando los haya contratado.

Asimismo, y para garantizar el cumplimiento de esta obligación durante toda la ejecución del contrato, habría que incluir en los pliegos la obligación de las empresas adjudicatarias de poner en conocimiento del órgano de contratación las contrataciones de nuevo personal que tenga que adscribirse a la obra o servicio.

En el caso de subcontratación por parte de la empresa adjudicataria, también habría que incluir en los pliegos la obligación de las empresas contratistas de notificar a los órganos de contratación que han cumplido esta obligación de comprobación, tanto respecto de los trabajadores que hayan indicado en su oferta como respecto de los trabajadores de las empresas con las que subcontraten.

D) INFORME 10/2011, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA

El Consorcio de Salud y de Atención Social de Cataluña puede actuar como órgano centralizado de contratación, y puede adquirir suministros y servicios para los órganos de contratación de los entes, organismos o entidades del sector público que estén adheridos, o adjudicar contratos o formalizar acuerdos marco para llevar a cabo obras, suministros o servicios destinados a éstos, con sujeción a las disposiciones de la LCSP.

2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

A) RESOLUCIÓN DE LA AEPD EN EXPEDIENTE SANCIONADOR POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEBIDO A LA REVELACIÓN DE DATOS SANITARIOS

La Oficina de Prensa de la Guardia Civil, tras el anuncio realizado por la Asociación Unificada de Guardias Civiles sobre la escasez de medios humanos en determinadas comandancias, remite por correo electrónico a diversos medios de comunicación, información para desmentir estos hechos. En ese comunicado se expresa que dos Guardias Civiles de

un determinado puesto se encuentran de baja por motivos psicológicos, y detalla que una de las bajas lo es de un Guardia Civil que forma parte de la propia Asociación, así como donde ejerce sus funciones.

Las alegaciones realizadas por la DPGGC descansaban básicamente en considerar que los datos difundidos no eran datos de salud sino un su caso un dato genérico, y que su comunicación a la prensa constituye una manifestación de la libertad de información, que, en caso de colisión, debe prevalecer respecto del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Respecto de la primera alegación, resulta fácil para la Agencia desmontar este argumento acudiendo para ello a la definición de “dato de salud” proporcionada por:

a) El apartado 45 de la Memoria explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa.

b) La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre datos médicos, o la Recomendación del Comité de Ministros en materia de estudios epidemiológicos en el ámbito de la salud mental.

c) Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2003, en la que se razona que, la indicación en una página web de Internet, de que una persona se ha lesionado un pie y está en situación de baja parcial, constituye un dato personal relativo a la salud.

Sobre la supuesta prevalencia del derecho de información, la AEPD replica señalando que dicho derecho no queda desnaturalizado ni relativizado si no se añade que la baja psicológica *“es concretamente la de un Guardia Civil que forma parte de la dirección de la AUGC donde ejerce as funciones de Cargo 1 responsable en materia jurídica”*.

3. SALUD LABORAL

A) MANIFIESTO DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS EN EL DÍA NACIONAL CONTRA LAS AGRESSIONES EN EL ÁMBITO SANITARIO. 22 DE MARZO DE 2012

La Organización colegial apela al respeto de los ciudadanos hacia los profesionales sanitarios en el desempeño de sus funciones, y la importancia de que

todos hagamos un uso adecuado de los recursos sanitarios.

A partir de estas premisas básicas y sobre la directriz de “tolerancia cero” en las agresiones, se resalta la necesidad de promover un conocimiento integral del problema a través de:

- a) Una mejora en los sistemas de registro.
- b) Adopción de medidas para la protección de los profesionales.
- c) Promover una percepción más realista y positiva de sus servicios ante la sociedad.
- d) Procedimientos judiciales más rápidos en los que la consideración del delito de atentado con la autoridad pública es un elemento fundamental.

La **SAP de León de 29 de junio de 2011**, no ha dudado en calificar como delito de atentado la conducta protagonizada por la Madre y abuela de un menor, ingresado en la unidad de psiquiatría infantil, que se personan en las dependencias del complejo hospitalario para entrevistarse con la psiquiatra de su hijo/nieto. Ambas increparon a la médico, que ante la actitud agresiva de los familiares, tuvo que encerrarse en el despacho y hubo que llamar a los servicios de seguridad del hospital.

La Audiencia condena a ambas mujeres como autoras de un delito –y no una falta- de atentado, pues *“aunque las acusadas no llegan a acometer físicamente (...) no es óbice para la comisión del delito de atentado que admite varias modalidades de acción, además del acometimiento, entre ellas, la intimidación grave (...) no siendo admisibles ni tolerables conductas agresivas o violentas contra los profesionales sanitarios que prestan un servicio público de especial relevancia”*.

En este sentido cabría traer a colación el criterio adoptado por el **Tribunal Supremo** respecto de la configuración del delito de atentado, y en concreto la reciente **Sentencia de 2 de noviembre de 2011**.

Son hechos declarados probados que la acusada sin razón aparente, golpeó con un cenicero la cabeza de su tía de 80 años, interponiéndose después -cuando llegó al lugar de los hechos una dotación sanitaria- entre los enfermeros y la herida, impidiéndoles que le atendieran debidamente y llegando a atacar a uno de los miembros de la dotación y a empujar a otro.

El Alto Tribunal delimita el concepto del bien jurídico protegido en el delito de atentado conforme a la doctrina que ya fijara en la STS de 4 de diciembre de 2007.

1.- Bien jurídico protegido.

El orden público

2.- Sujetos pasivos.

Las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos en cuanto vinculados al cumplimiento o ejecución de las funciones públicas.

3.- ¿Qué funciones públicas?

Aquellas en las que concurran los siguientes requisitos:

- a) requisito subjetivo. Que el órgano del que emane el acto sea público.
- b) requisito objetivo. Que la actividad de que se trate esté regida por normas de carácter público.
- c) requisito teleológico, o la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales.

La prestación de servicios sanitarios públicos participan de este carácter de “*función pública*” desde el punto de vista penal, y para advenir esta afirmación, nuestro Alto Tribunal no duda en recurrir a la legislación sanitaria para poner de manifiesto la relevancia del sistema sanitario público- Ley General de Sanidad-, así como las importantes facultades que nuestro Ordenamiento Jurídico atribuye a los profesionales sanitarios en la medida que se les reconoce una cierta capacidad de coerción- art. 9.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, relativo a las actuaciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente pero sin contar con su consentimiento-, e incluso a la normativa estatutaria, en la medida que el vigente Estatuto Marco consagra la naturaleza funcional del personal estatutario.

Sin embargo, nuestro TS considera que la elasticidad que presenta el concepto de función pública y el de funcionario público, unido al aumento de la presencia de la Administración, puede llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal, y por tanto cabría plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñen funciones

públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada bajo la amenaza de sanción. No obstante el propio Tribunal advierte que este tipo de modificaciones debieran llevarse a cabo a través de una Ley Orgánica.

Descendiendo al caso concreto que motiva la sentencia en cuestión –la agresión sufrida por el personal sanitario de una unidad del 061- se plantea si la noción de “función pública” a la que me he referido con anterioridad, está integrada solo por actividades directamente encaminadas a la protección de la salud pública con exclusión de aquellas otras más bien relacionadas con las prestaciones asistenciales a personas concretas.

La respuesta del Supremo es negativa, no cabe separar las funciones públicas de tutela de la salud pública respecto de las funciones asistenciales ya que el sistema sanitario está concebido como un todo, está orientado hacia unos mismos fines, de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, pero también de curación y rehabilitación, de modo que coexisten las finalidades públicas relacionadas con la salud individual con aquéllas otras relativas a la salud pública.

4. SISTEMA NACIONAL DE SALUD

4.1. LAS POSIBLES CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL RD- LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, A JUICIO DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE MÉDICOS. JUNIO 2012

1º.- Infracción del art. 86.1 de la CE.

No queda acreditado ni en la Exposición de Motivos, ni en el articulado, ni en las deliberaciones parlamentarias, el requisito esencial de la “*extraordinaria y urgente necesidad*”.

Además se incumple otro de los requisitos fijados por la doctrina del TC para poder apreciar si un RD-Ley se ajusta o no a lo dispuesto en el art. 86 de la CE, y es que las medidas en cuestión guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se pretende afrontar. En este sentido no se advierte conexión alguna entre la sostenibilidad del SNS y las medidas aprobadas en materia de RRHH (creación de Registro estatal de profesionales sanitarios, o las medidas adoptadas en materias tales como las áreas

de capacitación específica o la acreditación de unidades docentes).

2º.- Las medidas adoptadas afectan a derechos contemplados en el Título I de la CE, en contra de lo previsto en el art. 86 de la CE. En concreto es evidente que el derecho a la protección de la salud del art. 43 de nuestra Carta Magna se ve afectado en la medida que se opera un cambio de modelo, del modelo universal al modelo preconstitucional del aseguramiento.

3º.- Se incurre en arbitrariedad, lejos del principio consagrado en el art. 9.3 de la CE, ya que no se incluye explicación racional a la hora de regular determinadas materias (sanitarios locales o el propio cambio de modelo de aseguramiento) así como la existencia de una serie de conceptos jurídicos indeterminados, como es el caso del “*medicamento biosimilar*”.

4º.- Infracción del derecho a la protección de la salud del art. 43 de la CE en la medida que hay una serie de colectivos que quedan excluidos de la cobertura sanitaria pública por no tener la condición de asegurado, sin perjuicio de que puedan recuperar esta condición por la vía de carencia de rentas. Alguna de estas exclusiones pueden ser inconstitucionales, como la que afecta a las personas mayores de 26 años, atendiendo exclusivamente a razones de edad.

5º.- Infracción del derecho al cargo de los funcionarios de carrera.

La disposición adicional decimosexta del RD-Ley atenta contra este derecho en la medida que no respeta el status funcional de los afectados así como tampoco el derecho reconocido en el EBEP al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional.

En su lugar se les desplaza de Cuerpo, y en caso de negarse a ello tendrían que desempeñar unas funciones totalmente distintas a las inherentes a las de su estatus de médico titular.

4.2. RESOLUCIÓN DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO CON MOTIVO DE LA SOLICITUD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL REAL DECRETO LEY 16/2012

Con motivo de las 80 solicitudes presentadas ante la Oficina del DP para la interposición de recurso de

inconstitucionalidad, la DP ha realizado una serie de recomendaciones a través de una Resolución de 20 de Julio en la que, además, se pronuncia sobre el contenido de las solicitudes antes citadas.

Así, respecto de estas últimas, la DP recuerda en primer término que la asistencia sanitaria pública no ha sido gratuita para toda la población, sino para el 99,4%, y que si bien el RD-Ley retoma el concepto de asegurado, hay que señalar que el modelo que finalmente se adopte no viene determinado en origen por la CE. No estamos ante un derechos público subjetivo sino ante un principio rector, y el legislador, como ha señalado el TC, tiene un amplio margen de libertad para modular la acción protectora del sistema sanitario. Es más, el ATC 96/2011, ha justificado que por razón de la sostenibilidad del SNS los poderes públicos adopten medidas de racionalización del gasto sanitario, y que las Administraciones públicas tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional del sistema.

Realizada esta precisión, y respecto de la situación de los inmigrantes irregulares, señala que sí tienen reconocido dicho derecho solo que limitado a determinadas modalidades de atención, y además recuerda la legitimidad constitucional de la decisión del Gobierno conforme a la doctrina del TC, que en su STC 226/2007, ha precisado que el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de sus derechos constitucionales, y en la STC 24/2000, el TC establece distintas categorías de derechos cuya titularidad pueden ostentar los ciudadanos extranjeros conforme a lo previsto en el art. 13 de la CE.

No obstante lo anterior, la DP se plantea si son adecuados en todo caso los criterios utilizados para imponer a los extranjeros en situación administrativa irregular las limitaciones recogidas en el RD-Ley, y en concreto considera que:

1.- Se debería facilitar la atención primaria de salud esencial, la salud pública y la prevención, y el acceso a la medicación básica, pues de este modo se obtendrían consecuencias relevantes:

- a) en términos de salud pública, ya que habría más garantías de protección para el resto de la sociedad.
- b) en términos organizativos, se evitaría el colap-

so de los servicios de urgencia.

c) en términos de eficiencia económica, porque disminuiría el gasto mayor que supone derivar toda la atención sanitaria a los dispositivos urgentes.

2.- Se debería plantear la conveniencia de modificar el tratamiento dado al transporte sanitario no urgente debido a la situación de pacientes sometidos a tratamientos periódicos y de larga duración. La frecuencia de estos desplazamientos y el significativo coste económico del transporte sanitario pueden dar lugar a que las economías familiares no puedan asumir la financiación de dicho transporte, con el consiguiente riesgo para la salud.

En relación con la financiación de los medicamentos, recomienda que a) Se revise el nuevo modelo de financiación, ya que permite comercializar un medicamento a precio libre en tanto se decida el precio de financiación, lo que supone que en todos los medicamentos innovadores, así como en las últimas alternativas para las enfermedades más graves, estarían solo a disposición de quienes tengan mayores recursos para pagarse íntegramente el tratamiento; b) Una nueva regulación en materia de prescripción de medicamentos para indicaciones diferentes a las autorizadas, habida cuenta de los peligros que encierra la posibilidad de abrir esta vía con carácter general en indicaciones que no han sido suficientemente evaluadas y carecen, por tanto, de las garantías éticas y legales de los ensayos clínicos.

5.- BIOÉTICA

5.1.- RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE PROTOCOLOS DE ATENCIÓN SANITARIA A PERSONAS QUE RECHAZAN LA TERAPIA DE SANGRE O HEMODERIVADOS (TESTIGOS DE JEHOVÁ) APROBADO POR LA CONSEJERÍA DE SALUD DE ANDALUCÍA

El documento incorpora un conjunto de directrices éticas, jurídicas, deontológicas y técnicas sobre las intervenciones quirúrgicas a testigos de Jehová. No obstante, hay que decir que precisamente por tratarse de “directrices” no llega a entrar de lleno en muchos de los problemas legales y éticos que plantea este colectivo, como por ejemplo:

1.- Qué se debe hacer si el centro sanitario carece de los medios técnicos para atender una petición

de estas características.

2.- El derecho del profesional sanitario a la objeción de conciencia ante este tipo de situaciones?

El documento incorpora un apartado específico para la OC, pero no llega desmenuzar esta problemática, sobre todo porque no está exenta de controversia, limitándose a señalar que dice que el ejercicio de esta libertad y su admisión debe ser excepcional.

3.- La capacidad para la toma de decisiones por los menores de edad.

Según el documento objeto de análisis, los menores de edad con 16 años cumplidos/menores emancipados pueden tomar decisiones en este ámbito conforme al criterio del “menor maduro”.

No obstante, habría que tener en cuenta la reciente **Circular 1/2012, de 3 de octubre de 2012, de la Fiscalía General de Estado** sobre el “*Tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*”.

En ella, la Fiscalía distingue cuatro supuestos, a saber:

1.- El “menor maduro” se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables. En ese caso, el Médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al Juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al Juez de guardia, directamente o a través del Fiscal.

2.- El “menor maduro” rechaza la transfusión y sus representantes legales también. En este caso, el Médico debe plantar el conflicto ante el Juez de Guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

3.- El “menor maduro” presta su consentimiento y sus representantes se oponen. El Médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro.

4.- Los representantes del “menor no maduro” no consienten la intervención, generando grave riesgo para su vida o salud.

El Médico debe plantear el conflicto ante el Juez de guardia, directamente o a través del Fiscal, pero en situaciones urgentes, el Médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación.

El documento elaborado por la Consejería de Sanidad incorpora interesantes previsiones como el caso de que la mujer testigo de Jehová embarazada se niegue a recibir transfusión de sangre que precisa para salvar tanto su propia vida como la del feto que aún no es viable por su edad gestacional, estableciendo que ante este tipo de situaciones no se puede justificar tratamiento obligatorio alguno, o el papel que puede desempeñar el documento de voluntades anticipadas.

5.2 GUÍA SOBRE EL FINAL DE LA VIDA EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS EN LA ATENCIÓN SANITARIA. CONSEJERÍA DE SALUD DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

El documento analiza cuestiones relacionadas con el final de la vida tales como la capacidad para la toma de decisiones, el papel del menor maduro, la delimitación de conceptos tan relevantes como la limitación del esfuerzo terapéutico, eutanasia, rechazo al tratamiento y sedación, intimidad y confidencialidad, o el importantísimo papel que juega la familia en los momentos finales de la vida.

No obstante cabe advertir la comisión de algunas imprecisiones, como por ejemplo, la previsión de que un menor de edad emancipado pueda otorgar el documento de voluntades anticipadas cuando el artículo 11 de la Ley 41/2001, exige como requisito imprescindible, ser mayor de edad. -Véase la tabla 14 de dicho documento-.

Igualmente resulta cuestionable que se incluya a personas con 16 años cumplidos dentro del grupo de edad que podría consentir la práctica de una I.V.E., desconociendo las importantes limitaciones que establece la LO 2/2010.

Sin embargo estas pequeñas deficiencias técnicas no empañan la utilidad que puede tener este documento en el quehacer cotidiano de los profesionales sanita-

rios, ya que se formulan muchas y valiosas recomendaciones, todas ellas muy bien sistematizadas y recogidas en cuadros-resumen y esquemas explicativos. Así, aborda cuestiones tan interesantes como:

a) la relevancia que tiene desde el punto de vista ético y jurídico retirar/no-iniciar un tratamiento, situaciones que para los autores del documento no presentan distinción alguna, y cómo deben obrar los profesionales en los casos de urgencia médica en los que no quede claro si lo que se debe hacer es iniciar o no el tratamiento porque no haya evidencias suficientes, aconsejando que en tal caso lo mejor es iniciarlo.

b) La negativa por parte de los familiares del enfermo a la limitación del esfuerzo terapéutico (LET) aconsejada por el equipo médico pese a los repetidos esfuerzos realizados por el equipo asistencial de informar a la familia sobre la conveniencia de adoptar esta decisión.

Según el documento, el equipo asistencial se debe poner en comunicación con el Juzgado de Guardia para que autorice la retirada del tratamiento. Sin embargo la Ley 2/2010, de 8 de abril, en su artículo 21 establece:

1. El médico o médica responsable de cada paciente, en el ejercicio de una buena práctica clínica, limitará el esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica lo aconseje, evitando la obstinación terapéutica. La justificación de la limitación deberá constar en la historia clínica.

2. Dicha limitación se llevará a cabo oído el criterio profesional del enfermero o enfermera responsable de los cuidados y requerirá la opinión coincidente con la del médico o médica responsable de, al menos, otro médico o médica de los que participen en su atención sanitaria. La identidad de dichos profesionales y su opinión será registrada en la historia clínica.

Así pues, el legislador autonómico configura la LET como un derecho, como una manifestación de la autonomía científica y técnica de profesional sanitario, sin que en su ejercicio resulte preciso poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial.

c) LET en neonatología. Cuando la probabilidad de supervivencia sea muy limitada es necesario crear un protocolo de Cuidados Paliativos Neonatales que tenga como objetivo procurarle el máximo bienestar posible y centrarse en las necesidades de la familia.

5.3. DOCUMENTO DE NOVIEMBRE DE 2011. APROBADO POR EL GRUPO DE OPINIÓN DEL OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA SOBRE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS ENTRE SERES HUMANOS VIVOS

La realización de este tipo de trasplantes –en particular los trasplantes renales y hepáticos– reportan interesantes ventajas para el receptor y para las instituciones implicadas: la expectativa de vida es mayor, la calidad de vida es también mayor y el coste del trasplante es menor.

Sin embargo existen una serie de riesgos para el donante que no se pueden soslayar:

a) Riesgos físicos a medio o largo plazo: dieta especial permanente, limitación en el uso de algunas de las técnicas médicas y tratamientos farmacológicos por su neurotoxicidad, controles periódicos de la función renal...

b) Riesgos psíquicos, derivados de la posibilidad de que el donante potencial sea objeto de presiones psicológicas y chantajes emocionales, o la frustración que puede generar en el donante el posible fracaso del trasplante, al haber sufrido un daño irreversible que no ha generado ningún beneficio al receptor.

c) Efectos laborales y patrimoniales.

La legislación de seguridad social no contempla expresamente la donación de órganos como causa de incapacidad temporal, pues al no estar previamente enfermo ni haber sufrido accidente, no reúne tal requisito, con lo que no podría disfrutar de la baja laboral ni de la prestación correspondiente.

Veamos algunas de las Recomendaciones más interesantes:

1.- La donación inter vivos debe ser considerada una práctica subsidiaria, y en su lugar se debe potenciar la donación de órganos de cadáver.

2.- La selección del donante y del receptor se debe hacer en cada caso con el objetivo de que entre el perjuicio previsto para el donante y el beneficio esperado para el receptor exista una proporcionalidad aceptable.

Así, por ejemplo, la donación de un órgano a un ascendiente de edad elevada plantea serias dudas.

3.- No se debe proponer la donación de vivo ante una situación desesperada de máxima urgencia del receptor.

4.- Promoción de estudios sobre los efectos de la donación.

5.- Garantizar que la decisión de donar está bien informada y sea plenamente autónoma.

Para ello se propone que el Comité de Ética Asistencial del centro trasplantador mantenga una entrevista con el potencial donante para verificar que no existen presiones indebidas.

6.- Para el caso en que el donante reconsidere su decisión y decline donar, deberá establecerse algún procedimiento que el garantice una salida airosa ante el receptor y su familia.

7.- Un miembro del comité de ética asistencial del centro trasplantador, debería acompañar al donante en calidad de “defensor del donante” cuando éste se persone ante el juez para otorgar su consentimiento expreso.

El artículo 9.4 del Reglamento 2070/99, se debería modificar para permitir la presencia en el acto ante el juez del Registro Civil, junto con el médico que haya facilitado la información, el médico que deba realizar la intervención, la autoridad del centro que deba autorizarla- coordinador de trasplantes-, y un miembro del comité de ética asistencial.

8.- Que la legislación laboral contemple expresamente que la extracción de un órgano para donación se debe incluir como causa específica que justifica la declaración de incapacidad temporal.

9.- Los gastos directos y acreditables en los que incurra el donante por causa de la donación deben ser reembolsados y su asistencia sanitaria debe quedar garantizada de por vida.