

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

Jefe de Servicio de Derecho Sanitario y Bioética
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Servicio Jurídico)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.- STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009. SESIONES DEL CONSEJO INTERTERRITORIAL Y RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

La convocatoria y el orden del día de las sesiones del Consejo Interterritorial, deben ajustarse a lo dispuesto en su reglamento de organización y funcionamiento, lo que no ha sucedido en el presente caso en el que no se incluyeron en el orden del día determinados temas propuestos por la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Este es un tema recurrente en el funcionamiento del máximo órgano de coordinación del SNS, y sobre este mismo asunto ya tuvo ocasión de pronunciarse el TS en su sentencia de 27 de septiembre de 2006, a raíz de un recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Murcia.

En ambos casos, el Alto Tribunal señala que según el propio reglamento interno del CI, hay que diferenciar si la convocatoria la realiza el Presidente a iniciativa propia -en cuyo caso tiene la facultad de fijar el orden del día- o si ha sido solicitada al menos por la tercera parte de los miembros del Consejo, en cuyo caso el Presidente debe efectuar dicha convocatoria incluyendo el asunto o asuntos propuestos.

La Ley 30/1992 también se alinea en este sentido, cuando establece en su art. 23 apartado primero que, entre las funciones del presidente, se encuentra la de acordar la convocatoria de las sesiones fijando el orden del día "*teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación*". Así pues, el presidente tiene que tener en cuenta para fijar el orden del día las peticiones de los demás miembros, sin que por tanto podamos entender que estamos ante una decisión discrecional.

2.- SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MARZO DE 2010. ANULACIÓN DE REGLAMENTO POR INCUMPLIMIENTO DE TRÁMITE PRECEPTIVO EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

El Supremo anula el RD 1338/2006 por el que se definían los requisitos necesarios para obtener, para un determinado medicamento, la calificación de innovación galénica de interés terapéutico, y su consiguiente exclusión del sistema de precios de referencia durante un plazo de cinco años.

¿Qué es la innovación galénica? Medicamentos ya autorizados que por presentarse bajo otra vía de administración, tienen unos efectos terapéuticos más ventajosos, o se les ha sometido a una mejora significativa en su utilidad terapéutica a raíz de la novedad incorporada.

El TS lo declara nulo, ya que no se requirió al Comité Consultivo del Consejo Interterritorial de Salud el correspondiente informe sobre el contenido de la disposición, tal y como exige la Ley 16/2003, al tratarse de un proyecto normativo que afecta a la financiación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Un caso similar de anulación judicial de norma reglamentaria en el ámbito sanitario por omisión del mismo trámite, es el enjuiciado por **el T.S. en sentencia de 3 de Junio de 2009.**

Esta sentencia acordó la nulidad de los procedimientos para la integración, directa y voluntaria, de personal funcionario y laboral fijo en la condición de personal estatutario que preste servicio en Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, ya que deben ser previamente informados por el órgano colegiado interministerial al que se refiere la Disposición Final 2ª de la Ley 55/2003 y Disposición Final 2ª de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del

SNS, regulada por RD 434/2004, de 12 de marzo, pues las normas autonómicas recurridas tienen trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del SNS.

3.- STS DE 3 DE MARZO DE 2010. EL INCIDENTE DE RECUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El TS confirma la legalidad de la sanción impuesta por la Administración por no considerar que se haya conculcado el principio de imparcialidad por el hecho de que el funcionario instructor del procedimiento haya sido quién denunció los hechos objeto de sanción, y además, tenga relación de dependencia jerárquica respecto del órgano sancionador.

La Sala considera que este motivo no puede prosperar, ya que el hecho de que el instructor designado por la Administración hubiese sido quién puso los hechos en conocimiento de ésta, no es un obstáculo para que sea nombrado instructor, pues la garantía prevista en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, consistente en la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, se ha respetado.

Finalmente, tampoco otorga relevancia al hecho de que tras la invocación por el interesado de la causa para la recusación del instructor, la Administración no sustanciase un incidente de recusación, ni suspendiese el procedimiento, sino que la rechazó en la propia resolución del expediente sancionador.

Para el TS *“lo relevante es si concurren o no las causas de abstención denunciadas, las que, por las mismas razones expresadas por la Administración y la Sala sentenciadora, no existen, dado que, como correcta y certeramente apunta la Administración autonómica recurrida al oponerse a este motivo de casación, la objetividad exigible por el artículo 103.1 de la Constitución a las Administraciones Públicas no puede confundirse con la independencia e imparcialidad exigible ex artículo 117.1 de la Constitución a los jueces y magistrados”*, y además recuerda que en este caso concreto, la recusación del instructor se planteó en el trámite de alegaciones a la propuesta de resolución.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2010. ANULACIÓN DEL ACUERDO SUSCRITO EL 11 DE OCTUBRE DE 2007 SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN MATERIA DE SALUD LABORAL

La sentencia que paso a comentar, analiza a raíz del recurso interpuesto por un sindicato, la legalidad del Acuerdo de 11 de octubre de 2007 entre la Administración de la JCCM y las Organizaciones sindicales sobre los derechos de participación en salud laboral, en relación con lo que prevé en esta materia la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto del personal funcionario y del personal laboral.

En este sentido hay que tener presente, en primer término, que la propia Ley 31/1995 contempla ciertas especialidades para las Administraciones Públicas, que deben quedar circunscritas exclusivamente al personal funcionario/estatutario, pero no así al personal laboral, como se infiere de la Disposición Adicional Tercera de la Ley.

Efectuada esta precisión, la sentencia confronta lo que establece el Pacto en cuestión sobre la designación de los delegados de prevención y la composición de los Comités de Seguridad y Salud, con lo que a tal efecto prevé la Ley en los dos ámbitos subjetivos antes señalados, el ámbito laboral y el ámbito del personal funcionario de las Administraciones Públicas.

Respecto del primer ámbito, se constata por el Tribunal la ilegalidad del Pacto por cuanto la elección de los delegados de prevención no se hace por los representantes de los trabajadores, ni entre ellos, ni por los trabajadores, sino por las organizaciones sindicales, en contra de lo que establece el art. 35 de la LPRL. A idéntico pronunciamiento llega la Sala cuando analiza la composición de los Comités de Seguridad y Salud Laboral, ya que sus miembros son también designados por las organizaciones sindicales cuando la ley, sin embargo, establece claramente que el comité de seguridad y salud laboral estará formado por los delegados de prevención.

Igual suerte corre el examen de la cuestión desde la perspectiva del ámbito funcional. En este caso es cierto que la propia ley establece ciertas normas

especiales respecto del personal funcionario/estatutario al servicio de las Administraciones Públicas, pero ninguna de tales especialidades permite que los delegados de prevención y los representantes de los comités de seguridad y salud laboral sean designados por los sindicatos.

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- TSJ DE MADRID (CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO). SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2010. REQUISITO DE LA EDAD PARA LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE AMNIOCENTESIS.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha desestimado el recurso interpuesto por los padres de una menor contra la Administración como consecuencia de la omisión de medios diagnósticos durante el embarazo, lo que provocó el alumbramiento de una niña con síndrome de Down. La paciente, primigesta de 34 años y ocho meses, cumplía 35 años cuando se hallaba embarazada de unas 16 semanas, acudió por primera vez a consulta por embarazo el 4 de mayo de 2004, donde se le solicitó analítica que ofreció resultados normales. Los posteriores controles ecográficos también fueron normales.

La cuestión de fondo consiste en determinar si por los servicios sanitarios públicos se emplearon todos los medios indicados por la Medicina en el momento de la gestación para detectar la anomalía que padece la hija de la recurrente, y, dado que la cromosopatía no siempre es observable mediante las pruebas diagnósticas habituales, si concurría en este caso alguna circunstancia que exigiera el uso de medios extraordinarios (amniocentesis). En este sentido cobra una gran relevancia el dato de la edad de la gestante, que cumplió los 35 años -edad que determina la inclusión de la gestante como población de alto riesgo conforme al protocolo de la SEGO- cuando se encontraba de 16 semanas. La cuestión, pues, estriba en fijar el momento en que debe considerarse a estos efectos la edad de los 35 años, si en el del parto o en el de la concepción, siendo esta última la fecha por la que se inclina el Tribunal.

En definitiva, de haberse quedado embarazada cuatro meses más tarde, se le habría practicado una amniocentesis, la malformación se habría de-

tectado y podría haber recurrido, en su caso, al supuesto de “aborto eugenésico”.

2.- SENTENCIA DEL TJUE DE 10 DE JUNIO DE 2010 QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE LOS BANCOS DE SANGRE DE CORDÓN UMBILICAL DE PAGAR EL IVA

La cuestión de fondo que se analiza por la Sala, consiste en determinar si este tipo de establecimientos sanitarios podrían quedar exentos del pago del IVA acogiéndose al art. 13 de la Directiva 77/388, del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Dicha norma comunitaria permite que los Estados miembros eximan del pago del IVA “*las prestaciones de servicios de hospitalización y asistencia sanitaria y las demás relacionadas directamente con las mismas realizadas por Entidades de Derecho público o en condiciones sociales comparables a las que rigen para estos últimos, por establecimientos hospitalarios, centros de cuidados médicos y de diagnóstico y otros establecimientos de la misma naturaleza legalmente reconocidos*”.

El TJUE considera que no resulta aplicable esta excepción, ya que ni la hospitalización ni la asistencia sanitaria, son efectivas, ni están en curso, ni aún se han planificado, pues este tipo de actividades -utilización de las células progenitoras del cordón- tan solo pueden tener potencialmente una relación directa con la asistencia sanitaria dispensada en un medio hospitalario, y si se cumplen determinadas hipótesis:

- a) En primer lugar que el estado de la ciencia médica permita o exija la utilización de células progenitoras del cordón.
- b) Que surja o pueda surgir una enfermedad en un caso específico.

3.- TRIBUNAL SUPREMO.- SALA DE LO SOCIAL.- SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2009. REINTEGRO DE GASTOS POR LA REALIZACIÓN DE DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO.

Denegación del reembolso por los gastos sufridos como consecuencia de la realización de un diagnóstico genético preimplantatorio, necesario para el tratamiento de la reproducción asistida.

Aduce la recurrente que, aunque no pueda afirmarse que se está ante una situación de peligro inminente para la vida de la beneficiaria de la asistencia, sí podría haber supuesto un riesgo grave para la salud de su futuro hijo, por lo que tal situación encuadraría en el marco del art. 5.3 del derogado Real Decreto 63/1995. Señala el TS que tal precepto prevé el reembolso de los gastos sanitarios originados fuera del Sistema Nacional de Salud en los casos de asistencia sanitaria, urgente, inmediata y de carácter vital, y todo ello, una vez comprobados que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del citado Sistema Nacional de Salud, y que la utilización de los servicios ajenos no constituye una utilización desviada o abusiva. En el caso examinado, razona la Sala que no concurre la citada “*urgencia vital*” tal y como es entendida tanto en la normativa aplicable como por la jurisprudencia, por lo que no cabe afirmar que proceda el reembolso reclamado.

Hay que poner de relieve además que estamos ante una prestación que no figura incluida dentro de la cartera de servicios comunes del SNS.

En definitiva, que el diagnóstico genético preimplantatorio no lo cubre el Sistema Sanitario, de modo que tan solo cabría obtener un reintegro si se acreditase la urgencia vital, aunque esto encierra en sí mismo una contradicción, ya que hay que entender que los efectos derivados de la no inclusión en la cartera de servicios lo es tanto para circunstancias ordinarias como extraordinarias (urgencia).

En relación con un asunto similar, se ha pronunciado el TSJ del País Vasco en sentencia de fecha 24 de junio de 2008. En el caso enjuiciado por el TSJ vasco, se trataba de un paciente varón de 28 años que, ante la necesidad de someterse a tratamiento oncológico, solicita que se le practique la técnica del lavado seminal, con la particularidad de que es portador del virus de la Hepatitis C. Esa técnica no se podía aplicar al no contar el hospital con laboratorio de seguridad biológica, ni disponer tampoco otro hospital público cercano. Ante la premura del tiempo, decide acudir a una clínica privada en Barcelona.

La Sala reconoce el derecho al reintegro de gastos, acudiendo para ello, a una interpretación flexible del criterio de “urgencia vital”, entendiéndose que en este caso estaba en juego la capacidad de procrear

de la persona, la posibilidad de tener descendencia, sin que pueda ser un obstáculo el hecho de que la prestación en cuestión no estuviese incluida en la cartera de servicios, pues la administración sanitaria ya había tomado la decisión de incluirla en breve, y existía suficiente evidencia científica sobre su seguridad e idoneidad.

4.- SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 7 DE ABRIL DE 2010. CAPACIDAD DE DECISIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD VERSUS DERECHOS/OBLIGACIONES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD DE LOS PADRES

La Sala estima el recurso interpuesto contra el Código Deontológico aprobado por el Colegio de Médicos de Barcelona, y declara la nulidad de sus artículos 33 y 59.

Respecto del art. 33 del Código Deontológico, éste afirmaba que “*el médico, en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor*”.

A juicio del Tribunal, este artículo va en contra de la Ley 41/2002 que en su art. 9.3.c) contempla la necesidad de que se informe a los padres. El Tribunal señala que “*la norma impugnada no respeta tales prescripciones, desde el momento en que impide que los padres o tutores sean informados en todo caso, cuando el médico considere que el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, y hace prevalecer la voluntad de éste, sin ponderar en uno y otro caso las circunstancias de edad y riesgo que establece el precepto legal*”.

No comparto el criterio de la Sala, al menos en su totalidad. Es cierto que el art. 33 impugnado no se ajusta completamente a lo que dice la Ley 41/2002 ya que prescinde por completo del criterio de la gravedad de la intervención como factor modulador del alcance de la confidencialidad de la información clínica del menor, pero igual de desenfocado resulta el criterio del Tribunal ya que la Ley no dice que los padres deban de ser informados en todo caso cuando el paciente sea un “*menor maduro*”, sino que limita este deber a los casos de actuaciones de grave riesgo. Así pues, en el caso en que el menor de 15 años no emancipado y con suficiente capacidad a juicio del facultativo, qui-

siera someterse a una intervención quirúrgica menor (eliminación de una verruga...), no se debería informar a los padres, de una parte porque supondría desconocer lo que dice el art. 162 del CC, la doctrina del TC en relación con el menor de edad, y la conculcación de un derecho fundamental como el derecho a la intimidad (art. 18 de la CE). Pero es que, por otra parte, la legislación en materia de protección de datos atribuye al menor con 14 años cumplidos la titularidad de todo un haz de facultades jurídicas (derechos ARCO), que legitimarían la eventual decisión del menor a negarse a que se facilite esa información sin su consentimiento (RD 1720/2007).

Respecto del art. 59 éste reza del siguiente modo *“El médico no practicará nunca ninguna interrupción del embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una cuidadosa información, en especial cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello que consiente. Cuando no exista capacidad, será necesario el consentimiento de las personas vinculadas responsables”*.

En este otro caso, de menor alcance y trascendencia tras la aprobación de la LO 12/2010, la Sala considera que tampoco resulta ajustado a Derecho ya que, de una parte, no recoge mención a ninguna edad mínima (que la LAP fija en 18 años) y por otra contiene una referencia inespecífica al consentimiento de las personas vinculadas responsables, cuando en realidad este poder de decisión debiera recaer sobre los padres o tutores.

5.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009. REINTEGRO DE GASTOS Y DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE ASISTENCIA.

Esta sentencia muestra el posicionamiento de un sector de los Tribunales de Justicia, que pese al criterio sentado por el TS sobre la distinción entre “reintegro de gastos” y “denegación injustificada de asistencia”, vuelven a resucitar periódicamente la problemática de canalizar por la vía del reintegro lo que para el TS es un supuesto de responsabilidad patrimonial, y por ende ajeno a la competencia del orden jurisdiccional social. Además tiene otro “ingrediente” interesante, el papel que juega el “principio de buena fe”.

En efecto, esta sentencia reabre la ya antigua polémica, doctrinal y jurisprudencial, sobre la difusa

distinción entre la figura del reintegro de gastos médicos y la denegación injustificada de asistencia médica.

En el caso que nos ocupa se trata de una paciente que presenta trastornos de alimentación, toxicomanía, y trastornos de conducta, que es tratada en los servicios sanitarios públicos, que a su vez, la habían derivado a la Fundación Jiménez Díaz. Tras ser dada de alta en este centro, los médicos se limitan a indicarla que en caso de empeoramiento acuda a los servicios de urgencia.

Ante esta situación, y siguiendo el consejo de la doctora psiquiatra de la Seguridad Social que la trata, la paciente acude a un centro privado especializado sito en Barcelona, ascendiendo la factura por el tratamiento recibido a 35.749 euros.

¿Quién debe sufragar los gastos de la factura?

La Sala considera que estamos ante un supuesto de reintegro de gastos médicos, figura hacia la que cabría canalizar el supuesto de hecho planteado que, en realidad se correspondería con el antiguo supuesto de *“denegación injustificada de asistencia”*. Para llegar a esta conclusión, la sala trae a colación la doctrina del TS sobre el reintegro de gastos que *“se ha de definir no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la Seguridad Social”*, lo que, para el TSJ, cabría hacer extensivo igualmente a los casos como el que acontece en este supuesto en el que la prestación solicitada ha sido denegada, aunque no por la urgencia en sí, sino por otra serie de factores (falta de disponibilidad de centros...).

Tras establecer esta equiparación, restaría por salvar el escollo derivado del concepto de *“urgencia vital”* al que se refiere el art. 4.6 del RD 1030/2006, y el ya derogado art. 5.3 del RD 63/1995, objetivo conseguido al entender que *“no es preciso que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, sino que basta con que racionalmente pueda representarse la posibilidad cierta de que el retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos graves, puesto que tal es el alcance de los bienes protegidos por el art. 15 de la CE”*.

Es más, no entenderlo de este modo supondría llegar a un absurdo, a situaciones contradictorias, ya que en virtud de lo dispuesto en el art. 22.2 del Reglamento comunitario 1408/71, se podría autorizar a un ciudadano español para obtener el tratamiento deseado en otro Estado miembro de la UE a cargo del servicio público español siempre que estuviese incluido dentro de la cartera de servicios del SNS y no fuese posible obtener un grado de eficacia idónea que permita al paciente recuperar su salud en tiempo útil, mientras que esa misma situación no encontraría amparo dentro del territorio nacional.

En este caso queda claro a juicio del TSJ que *“la dolencia no podía ser tratada por los servicios de la sanidad pública como se demostró por el hecho de que fuera derivada a la Fundación Jiménez Díaz inicialmente y posteriormente, y por consejo de la psiquiatra que siempre ha tratado a la beneficiaria en la Seguridad Social, al ITA, de manera tal, que sólo este último tratamiento se antoja como posible para tratar de curar a la paciente (...) en definitiva la parte actora no ha de resultar obligada a soportar unos costes que sólo tienen su origen en la inexistencia de órganos especializados, dentro de la sanidad pública, que puedan solucionar sus dolencias...”*

Pero aún quedaría por analizar el papel que juega la indicación de la facultativa de que acudiese a la sanidad privada sin que se hubiera solicitado por la interesada formalmente la autorización administrativa, lo que la Sala resuelve apelando a la *“buena fe de la parte actora”*, y al principio general de la buena fe del art. 7 del CC.

La buena fe ha sido empleada como argumento por otros TSJ en situaciones similares a la descrita en la sentencia objeto de comentario. Así cabría citar, entre otras, la sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de junio de 2008 o la sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de enero de 2009. En todos estos casos se ha seguido el criterio ya fijado por el TS en sentencia de 30 de Marzo de 1987.

En definitiva, esta sentencia se suma a otras dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia que, en suplicación, se han separado del criterio que fuera fijado por el TS a raíz de su sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003, de excluir de los supuestos de reintegro de gastos, los hechos constitutivos de denegación injustificada de la asistencia,

que deberían ser enjuiciados por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos como supuestos de responsabilidad patrimonial por defectuosa prestación de la asistencia sanitaria. De este modo se resucita nuevamente la polémica acerca de cómo tratar los supuestos de hecho susceptibles de ser incluidos en la ya desaparecida de nuestro derecho positivo *“denegación injustificada de asistencia”*.

6.- SENTENCIA DEL TJUE DE 15 DE JUNIO DE 2010. ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA Y EL COMPLEMENTO DE REEMBOLSO.

El último caso enjuiciado por el TJUE en materia de asistencia sanitaria transfronteriza ha sido el protagonizado por un ciudadano francés, residente en España y afiliado al sistema español de seguridad social, que pretende que sea el Estado español el que deba reembolsar el porcentaje de gastos que le hizo abonar Francia en concepto de Ticket moderador -también conocido en España como *“copago”*, y del que ya tenemos algunos ejemplos prácticos por ejemplo en el ámbito de la prestación farmacéutica-, a raíz de su hospitalización, y durante su estancia temporal en el país vecino.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de fecha 15 de junio de 2010, desestima, en contra del criterio defendido por el Abogado General, el recurso interpuesto por la Comisión de la UE, y declara que la normativa nacional aplicable para estos casos (art. 4 del RD 1030/2006) no resulta contraria a las obligaciones derivadas del art. 49 del TUE.

En este caso concreto, el TJUE corrobora que, en efecto, la prestación de servicios hospitalarios constituye claramente una manifestación de la libertad comunitaria de prestación de servicios a la que se refiere el art. 49 del TUE. Ahora bien, a partir de esta afirmación, resulta obligado diferenciar dos escenarios completamente distintos: a) supuesto de asistencia hospitalaria planificada; b) prestación de asistencia sanitaria hospitalaria no planificada durante la estancia temporal del ciudadano en el territorio de otro Estado miembro.

En el primer caso, resulta aplicable la doctrina del TJUE, según la cual, el Estado de afiliación del ciudadano -aquél en el que tiene la condición de asegurado-tiene que garantizar a sus ciudadanos que son atendidos fuera del territorio nacional, el

mismo nivel de cobertura como si hubiesen sido hospitalizados en dicho Estado. Entenderlo de forma contraria supondría un obstáculo a la libertad de prestación de servicios, ya que podría disuadir al ciudadano asegurado de dirigirse a establecimientos sanitarios radicados en el territorio de otro Estado miembro.

En cambio, en el supuesto de asistencia hospitalaria no planificada -enfermedad sobrevenida con ocasión de la estancia temporal en otro Estado-, no cabe aplicar esta misma doctrina. En estos otros supuestos, hay que considerar que tal y como señala nuestra legislación sanitaria (art. 4.3 del RD 1030/2006), no procederá el reembolso de los gastos adicionales que haya tenido que satisfacer el ciudadano asegurado por los servicios prestados en el otro Estado miembro salvo que se hubiera acreditado la existencia de un supuesto de urgencia vital.

7.- STS DE FECHA 4 DE MARZO DE 2010. ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA Y REINTEGRO DE GASTOS POR URGENCIA VITAL.

1. Planteamiento del caso

El demandante es un pensionista de la SS española con tarjeta sanitaria europea que, encontrándose en Francia por motivos familiares, tuvo que ser ingresado urgentemente en el Hospital Público Pitié Salpetriere por sufrir una embolia. Al ser dado de alta, tuvo que abonar la cantidad de 250,89 euros (Ticket moderador), importe que posteriormente reclama su reembolso al INSS, y que éste desestima. La Judicialización del asunto se salda con dos fallos favorables al interesado -juzgado de instancia y TSJ de la Comunidad Valenciana-, invocando la doctrina del TS recogida en sentencia de 4 de abril de 2000, según la cual, en nuestro país la asistencia sanitaria está garantizada a todos los afiliados a la SS, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, cuando se trate de supuestos que exijan atención inmediata.

Nuestro Alto Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad gestora sobre la base, tanto de la interpretación que de la normativa comunitaria ha realizado el TJUE, como sobre la aplicación de la normativa de derecho interno.

2.- Fundamentos

A) Derecho Comunitario.- El TS considera aplicable en este caso la doctrina del TJUE, sintetizada en la sentencia Vanbraekel y otras, por las que se declara que en virtud del art. 49 de la CE, en el supuesto de que la legislación del Estado miembro competente -en nuestro caso España-, establezca la gratuidad de la asistencia hospitalaria dispensada en el marco de un servicio nacional de salud, y de que la legislación del Estado miembro en el que el paciente afiliado a dicho servicio ha sido autorizado no prevea una cobertura íntegra del coste de dicho tratamiento, la institución competente debe conceder a dicho paciente un reembolso equivalente a la eventual diferencia entre el coste del tratamiento y el importe que la institución del Estado miembro de estancia (en este caso Francia) está obligado a cubrir.

Ahora bien, el TS no ha tenido en cuenta que esta doctrina tan solo es aplicable para los casos de asistencia sanitaria planificada, pero no para los supuestos como el que se enjuicia de “*asistencia sanitaria no planificada*”, una distinción que no es baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que semejante distinción ha sido el eje central sobre el que se vertebra el fallo de la reciente STJUE de 15 de junio de 2010.

El único caso en que no sería aplicable esta doctrina tratándose de asistencia sanitaria hospitalaria no planificada, sería aquellos supuestos en los que la intervención hospitalaria imprevista ha respondido a una situación de urgencia vital cubierta por nuestro derecho interno (art. 4 del RD 1030/2006).

Por tanto, y resumiendo, desde la óptica de la normativa comunitaria, siguiendo la doctrina de la última sentencia dictada por el TJUE en un caso similar al enjuiciado por nuestro TS de “*asistencia no planificada*”, únicamente existiría el deber de abonar el complemento de reembolso por el Estado Español cuando concurra el supuesto previsto en el artículo 4, apartado 3, segunda frase, del RD 1030/2006 (urgencia vital), si el coste de un tratamiento equivalente en España fuera superior al nivel de cobertura aplicable en ese otro Estado miembro.

B) Derecho Nacional.- Hecha esta apreciación, el TS llega al mismo resultado que el preconizado por la citada STJUE cuando analiza el derecho del demandante al reembolso de los gastos de asistencia hospitalaria, pero ahora con arreglo a la legis-

lación española, al recordar la doctrina del TS sentada en la ya citada sentencia de 4 de abril de 2000, según la cual *“en los casos de urgencia vital es indiferente que la asistencia urgente se haya necesitado y producido en España o en el extranjero, pues es dable entender que la asistencia sanitaria está garantizada a todos los afiliados a la Seguridad Social cualquier que sea el lugar donde se encuentren cuando se trate de supuestos que exijan una actuación inmediata por existir peligro para la vida o la integridad física”*

8.- SENTENCIA DEL TJUE DE 5 DE OCTUBRE DE 2010. ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA Y AUTORIZACIÓN PARA PRUEBAS MÉDICAS DE ALTO COSTE.

Aval judicial a la exigencia por parte de los Estados miembros, del requisito de la autorización previa para que un ciudadano pueda desplazarse al territorio de otro Estado miembro para la cobertura de la asistencia sanitaria no hospitalaria, y que requiera el uso de equipos materiales particularmente onerosos.

En el caso enjuiciado por el Tribunal, se cuestionaba por parte de la Comisión la existencia en el Ordenamiento francés de esta exigencia en los casos de asistencia sanitaria que requiere el uso de este tipo de equipos de gran complejidad -cámara hiperbárica, tomógrafo de positrones y aparato de formación de imágenes por resonancia magnética nuclear o de espectrometría para uso médico-. El TJUE advierte, en primer término, que la cuestión suscitada no se refiere a una supuesta vulneración del artículo 22 apartado primero letra c) del Reglamento 1408/71, sino que hay que contextualizar el fondo del asunto poniéndolo en relación con el art. 49 CE, es decir analizar la supuesta falta de conformidad con este artículo de la exigencia de una autorización previa para estos casos.

El TJUE considera perfectamente justificable la exigencia del requisito de la previa autorización teniendo en cuenta los costes que estos equipos representan y la necesidad de no poner en peligro la planificación que de estos recursos deben realizar los Estados, pues lo contrario, entender que la citada autorización supone en tales casos un obstáculo a la libertad de circulación de los pacientes, podría llevar a la infrautilización de estos equipos particularmente costosos. Hay que indicar que

estas apreciaciones son compartidas por el Abogado General en su escrito de conclusiones de 15 de julio de 2010 al afirmar que *“estoy de acuerdo en que no sería apropiado permitir que el requisito de autorización previa se aplicara a la prestación y obtención de servicios médicos que requieran el uso de equipos corrientes y de coste relativamente reducido. Sin embargo, los equipos materiales particularmente onerosos que son objeto del presente procedimiento de incumplimiento está lejos de ser equiparables a un aparato de rayos X. Dichos equipos se diferencian enormemente de los equipos disponibles en una consulta privada de un médico generalista (...) opino, de otro lado que la adquisición, instalación y uso de dichos equipos requieren una planificación similar a la de los servicios hospitalarios...”*

FARMACIA

1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 1 DE JUNIO DE 2010. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA.

Se entiende que los módulos poblacionales y de distancia establecidos en la norma asturiana no restringen la libertad de establecimiento protegida por la normativa europea, siempre que se creen el número suficiente de farmacias en aquellos lugares con características demográficas particulares y, en segundo lugar, sobre la selección de los titulares de nuevos establecimientos farmacéuticos, entiende contrario al principio de no discriminación la ponderación más positiva de aquellos candidatos que han desempeñado su ejercicio profesional en el ámbito territorial del Principado de Asturias.

2.- SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2010, SALA DE LO CONTENCIOSO, SOBRE EL DECRETO ANDALUZ QUE REGULA LA DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS POR LA ENFERMERÍA

La cuestión central sobre la que versa el recurso interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas, por el que se impugna el Decreto 307/2009 por el que se define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, es la falta de competencia

tanto de los profesionales sanitarios enfermeros para diagnosticar una enfermedad, como del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Andalucía para entrar a regular, a través de una disposición normativa con valor reglamentario, una materia como ésta, y sin que haya una ley estatal que así lo permita.

Por lo que se refiere al primer alegato, la Sala desmonta este primer argumento ya que el Decreto impugnado en ningún momento emplea el verbo “*diagnosticar*”, sino que deja bien claro que los enfermeros únicamente podrán indicar o usar medicamentos que no estén sujetos a prescripción médica conforme a la legislación vigente, algo que concuerda perfectamente con lo que dispone la Ley 29/2006. Es más, el Decreto tampoco atribuye a los enfermeros competencia para “prescribir”, en consonancia con lo que establece el modificado art. 77 de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento, según el cual los únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción son los médicos, odontólogos o podólogos en el ámbito de sus competencias respectivas, mientras que los enfermeros “*podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación*”.

Respecto de la segunda alegación, la falta de competencia de la Junta de Andalucía para crear “*ex novo*” una competencia a favor de una profesión sanitaria distinta de la de médico/odontólogo, tampoco prospera, ya que como ha quedado expuesto, la disposición reglamentaria no permite a los enfermeros prescribir medicamentos, y por tanto no invade competencias propias del Estado. Es más, según la sentencia objeto de comentario, lo que el Decreto hace es atribuir a los enfermeros facultades acordes con el ámbito de actuación de los diplomados universitarios de enfermería, de conformidad con lo establecido en el art. 7.2.a) de la LOPS.

En estrecha relación con esta segunda línea argumental, el alegato de que se ha producido infracción del principio de reserva de ley al regular el ejercicio de una profesión sanitaria titulada por medio de una disposición reglamentaria. Tampoco encuentra la Sala razones para acoger esta alegación ya que, si bien es cierto que conforme a lo previsto en el art. 36 de la CE, la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas constituye una

materia sujeta a reserva de ley, el TC ha admitido la presencia de disposiciones reglamentarias en este ámbito material siempre que a) no regulen la existencia misma de una profesión titulada; b) los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio y c) su contenido o conjunto formal de actividades que la integran. Pues bien, el Decreto en cuestión, según la Sala, no afecta a ninguno de los tres ámbitos señalados, y por tanto estamos ante una materia susceptible de ser regulada a través de un reglamento, como por otra parte así lo acredita el hecho de que la propia Ley 29/2006 así lo admita al establecer que “*el Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de atención integral de salud y para la continuidad asistencial*”

En este sentido hay que resaltar la aprobación, y entrada en vigor, del RD 1718/2010, de 17 de diciembre sobre receta médica, que además proyecta su aplicación sobre la orden de dispensación hospitalaria, y sobre la orden de dispensación de enfermería, que alcanza a todo tipo de medicamentos y productos sanitarios al abrigo de la habilitación prevista en el art. 77.1 de la Ley 29/2006. No obstante, el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de noviembre de 2010, ha señalado la conveniencia de que esta materia, por su importancia y trascendencia -es la primera vez que en el ordenamiento español se permite a los enfermeros indicar o autorizar la dispensación de medicamentos-, deba ser objeto de regulación en otro Real Decreto en el que se contenga una regulación más detallada de las órdenes enfermeras de dispensación.

PERSONAL

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 23 DE FEBRERO DE 2010. IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO PARA ACORDAR EL CESE DE UN EMPLEADO AÚN CUANDO SE TRATE DE PUESTO INEXISTENTE.

La sentencia entra a valorar si, la actuación de la Gerencia del Hospital de Palencia, es o no ajustada a Derecho, en concreto la resolución por la que se revoca la decisión por la que se adjudicaba definitivamente, por movilidad interna, el puesto de celador encargado de turno.

La resolución impugnada se adoptó sin haberse seguido por la Administración un procedimiento contradictorio en el que se hubiese dado trámite de audiencia al interesado, algo que a juicio del juzgador de instancia, y de la propia Administración, carece de relevancia, toda vez que a la vista de la plantilla del hospital, el puesto en cuestión no existe ni existía como tal, sino únicamente el puesto de “celador”, por lo que tan sólo se habrían encomendado al interesado no un puesto de trabajo como él alega, sino unas determinadas funciones.

Distinto es el parecer de la Sala del TSJ, ya que el hecho de que no existiera tal puesto en la plantilla no permite considerar que no debiera haberse seguido un procedimiento contradictorio, pues:

- a) La propia administración había creado la apariencia de que tal puesto existía al haber dictado las resoluciones administrativas en cuestión.
- b) La provisión de un puesto de estas características, a tenor de lo previsto en la normativa sectorial (fundamentalmente el RD-Ley 1/99), debe efectuarse a través del sistema de concurso, no del sistema de libre designación, luego el cese tampoco debe ser discrecional, sino que requeriría, en todo caso, la tramitación del procedimiento contradictorio.

En conclusión, una vez más los Tribunales nos recuerdan que las cuestiones formales importan tanto como las de índole material o sustantivo, hasta el punto que el cese de un empleado en un puesto inexistente debe ajustarse a las reglas procedimentales que determina la normativa de función pública.

2.- STS DE 4 DE MAYO DE 2010. EL CONTRATO DE OBRA Y SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN.

La relevancia de este fallo se ve minorada tras la reciente reforma laboral con la consiguiente limitación temporal a 2 años de la vigencia de los contratos de obra y servicio, aunque no por ello pierde interés debido al recurrente empleo que hace la Administración Pública del contrato laboral de obra y servicio.

El TS declara el carácter indefinido de la relación laboral de tres monitores de formación ocupacional del centro penitenciario para hombres de Barcelo-

na, con los que se había celebrado contrato de obra y servicio, ya que no concurren las dos notas esenciales:

- a) Actividad ajena a la propia de la empleadora
- b) Actividad de duración limitada, aunque incierta.

Con este pronunciamiento, habría que dar por superada la doctrina del TSJ de Castilla-La Mancha recogida en la sentencia de fecha 9 de febrero de 2001. En el caso enjuiciado por la Sala se trataba de dos auxiliares que fueron contratados por obra y servicio para la prestación de servicios de auxiliar psiquiátrico en el Centro de Atención a la Salud, a fin de reforzar la plantilla. Los actores comienzan a prestar sus servicios en el CAS de Albacete, y luego en la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica del Hospital Perpetuo Socorro (Albacete), cubriendo turnos de mañana, tarde y noche, en idénticas condiciones que el resto de profesionales de igual categoría.

Pues bien, el TSJ de Castilla-La Mancha, en relación con la utilización del contrato de trabajo de obra y servicios para tales menesteres, afirma que la modalidad de contratación temporal por obra o servicio, pese a que en principio, no puede utilizarse para la realización de trabajos normales y permanentes de la empresa, sí se ha venido admitiendo su uso para ser aplicada a la realización de actividades que forman parte del ciclo habitual de la misma, siempre que el trabajo contratado quede perfectamente determinado o delimitado. Y continúa diciendo que lo característico del contrato, es que la vida de la relación laboral se ligue al tiempo que dure la realización de las obras o servicios, por lo que puede celebrarse aún tratándose de actividades normales y permanentes de la empresa, salvo que concurra el propósito fraudulento de poder finalizar los contratos libremente, en cuyo caso el contrato deviene en indefinido.

3.- SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2010 DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN. EXENCIÓN DE GUARDIAS POR RAZÓN DE LA EDAD (55 AÑOS)

La sentencia analiza los efectos del silencio administrativo ante una solicitud de exención de guardias realizada por un facultativo, que no obtiene respuesta expresa por parte de la Administración. Ante esta situación, el Tribunal aplica la regla del

silencio positivo según la Ley 30/1992, ya que la normativa regional sobre adecuación del sentido del silencio en los procedimientos administrativos no prevé nada al respecto.

La segunda parte de la sentencia analiza el alcance del silencio administrativo, para señalar que la vigencia temporal de la estimación de la solicitud formulada, debe ser de un año a tenor de lo dispuesto en la Resolución de 8 de agosto de 1997, y no con efectos permanentes en el tiempo.

4.- SENTENCIA DE TSJ DE EXTREMADURA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2009. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y REGIMEN DISCIPLINARIO POR EXRESIONES PROFERIDAS HACIA LA PERSONA DEL GERENTE DEL HOSPITAL.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 10 de noviembre de 2009, se apoya en la doctrina constitucional según la cual *“no puede estar amparado por la libertad de expresión quien, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas al honor de quien es objeto de la crítica, aun cuando tenga carácter público. Y pese a que la situación del funcionario en orden a la libertad de expresión es hoy en día mucho más próxima que antaño a la de cualquier ciudadano (STC 81/1983, de 10 de octubre) no es menos cierto que el artículo 103.1 de la Constitución introduce un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Administración (STC 101/2003, de 2 de junio) que se traduce en la existencia de límites específicos al ejercicio de ese derecho constitucional. Límites que, sin embargo, dependerán de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate”* (SSTC 371/1993, de 13 de diciembre), para considerar que, la conducta protagonizada por el facultativo sancionado, no encuentra amparo en el derecho fundamental del art. 20 de la CE.

En el caso de autos, el facultativo acusa por escrito al Gerente del Hospital de intentar permanentemente alterar su equilibrio, con la evidente intención de favorecer un error médico que le facilitara una resolución de cese, de manipulación caprichosa de los permisos y licencias, y además de mostrar un comportamiento despótico, amenazante, manipulador y prepotente.

La Sala considera que tales expresiones proferidas tienen la suficiente entidad como para incluirse en la tipificación realizada de *“falta de consideración con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios”* prevista en el art. 72.3.d) del EM. Son *“expresiones ofensivas al honor y dignidad de sus destinatarios, excesivas y desproporcionadas, realizadas con una clara intención de menospreciar y desacreditar. No pueden justificarse por el contexto de enfrentamiento existente en el Hospital, ni pueden considerarse producto de un acaloramiento momentáneo y pasajero, como lo demuestra el hecho de que se profieran por escrito y, por tanto, de forma meditada”*.

5.- SENTENCIA DEL TS SOBRE LA JUBILACIÓN PARCIAL DEL PERSONAL ESTATUTARIO A RAÍZ DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL SESCAM.

El Supremo estima los recursos de casación interpuestos por el INSS y el SESCAM aplicando la doctrina del TS recogida en su sentencia de 22 de julio de 2009, que básicamente, viene a establecer la imposibilidad de que el personal funcionario y estatutario pueda acceder a esta modalidad de jubilación en los términos previstos en la LGSS por encontrarse regulada tan solo para el personal laboral (trabajadores) y, además, estar supeditada su regulación para el personal funcionario y estatutario a un posterior desarrollo reglamentario, como así se desprende tanto de la redacción del art. 26.4 del Estatuto Marco (EM) como de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 40/2007.

Llama la atención que entre los argumentos esgrimidos por el TS se incluya que *“El EM aunque contempla esta posibilidad (la jubilación parcial) la condiciona a que quienes tengan competencias para hacerlo así lo determinen en su ordenamiento específico como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos”*, ignorando que la propia Sala ya había declarado en sentencia de 9 de febrero de 2010, que tanto el EM como el EBEP contemplan dos modalidades distintas de jubilación parcial:

- a) Una, en la que en efecto, la jubilación parcial se enmarca dentro de la planificación de los recursos humanos que establezca la propia Administración
- b) Otra, en la que la jubilación parcial, está prevista como una iniciativa del funcionario, sin incluir

la exigencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

6.-SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2010 DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA. EL NON BIS IN IDEM Y LA POTESTAD DISCIPLINARIA

La presente sentencia analiza la incidencia que tiene el principio “*non bis in idem*” en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. En el caso de autos se discutía la posible vulneración del citado principio por existir dos resoluciones condenatorias por la comisión de unos mismos hechos -insultos y vejaciones a una compañera de trabajo-, una en sede penal, y otra en vía administrativa tras la instrucción del correspondiente expediente disciplinario.

El TSJ considera que no cabe hablar de violación del principio “*non bis in idem*” ya que en el ámbito de los empleados públicos, “*la imposición de dos penas (una administrativa disciplinaria y otra penal) no vulnera el principio del non bis in idem (...) en definitiva, el derecho disciplinario en el ámbito concreto de la función pública persigue, más que el restablecimiento del orden social quebrantado –como sucede en el derecho penal, la salvaguardia del prestigio y dignidad de la Administración y la garantía de la correcta actuación de sus empleados públicos*”.

La sentencia no efectúa la distinción que ya hiciera el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 1998, de valorar la posible vulneración de este principio atendiendo a si son idénticos o no los intereses jurídicos protegidos teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

7.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2010 VERSUS SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA DE FECHA 26 DE MAYO DE 2010. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO Y STJUE DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010. RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL PERCIBO DE TRIENIOS POR EL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL.

PRIMERO.- La cuestión central consiste en determinar si es posible o no, acordar la retroacción de los efectos económicos derivados del reconoci-

miento de trienios al personal estatutario temporal, sobre todo si tenemos en cuenta que el art. 25.2 del EBEP, -disposición legal que, en contra de lo que establece el art. 44 del EM, sí que reconoce expresamente el percibo de esta retribución básica a los funcionarios interinos-, dispone que los trienios únicamente tendrán efectos retributivos a partir de la entrada en vigor del EBEP.

SEGUNDO.- La solución a la que llegan ambos Tribunales es radicalmente distinta. Para el TSJ de Castilla-La Mancha, la clave radica en lo que a este respecto dispone la Directiva comunitaria 1999/70, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, disposición que, pese a no haber sido transpuesta a nuestro Ordenamiento Jurídico por el Estado Español, sí que puede ser perfectamente traída a colación, no ya solo por el hecho de que ya ha sido invocada por nuestros Tribunales de Justicia, y en particular por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de mayo de 2008 y Auto de 31 de enero del mismo año, ambas resoluciones dictadas por la Sala de lo Social, para reconocer la equiparación expresa en derechos y condiciones de trabajo entre trabajadores fijos y temporales, sino fundamentalmente, porque cabría defender la extensión de sus efectos jurídicos en virtud de la doctrina de la “*eficacia directa vertical*”, por la que se impone al juez nacional la aplicación de disposiciones de una directiva cuyo contenido sea preciso e incondicional. Para avalar la aplicabilidad de la Directiva, el TSJ se sirve de dos sentencias del TJUE:

A) Como ejemplo de la aplicabilidad de la directiva en cuestión al personal estatutario temporal, el TSJ de Castilla-La Mancha cita la sentencia de TJUE de 13 de septiembre de 2007, dictada a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián, en el marco de un litigio entre una trabajadora del Servicio Vasco de Salud que solicitaba el pago de los trienios vencidos durante el año anterior a su nombramiento como personal fijo de plantilla, y en el que tuvo la condición de personal estatutario temporal.

Llegados a este punto, quisiera hacer un inciso para mostrar cuál es el parecer del TSJ de Castilla-La Mancha sobre la pugna normativa existente entre el EBEP y el EM. La Sala considera que, en relación con la oposición existente entre ambas disposiciones legales en torno al derecho al perci-

bo de trienios por personal temporal, debe ser de aplicación preferente el EBEP ya que “...de acuerdo con la cláusula general derogatoria establecida en el apartado g) de la Disposición Derogatoria Única del Estatuto aprobado por la Ley 7/2007 de 12 de abril, quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto. Por lo tanto, nos hallaríamos ante un supuesto de derogación del precepto invocado por la Administración apelante...”

B) El mismo Tribunal supranacional, en sentencia posterior de fecha 15 de abril de 2008, dejó sentado el carácter incondicional y suficientemente precisa de la Directiva en cuestión para poder ser aplicada directamente por los jueces nacionales, señalando además, que tanto la Directiva como el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada del que trae su origen, y que figura como anexo en la propia directiva, “se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público”.

Como colofón, el Tribunal castellano-manchego recuerda que nuestro TC ya ha proclamado que “la temporalidad de un contrato no puede tener la consideración de justificación objetiva y razonable para que a trabajo igual no se pague un salario igual” (STC de 31 de mayo de 1993), y que el propio TS también ha reconocido el principio de igualdad retributiva entre el personal temporal y fijo tanto en su Sala Social, como en la Contencioso-Administrativa (Sentencias de 22 de noviembre de 1994 o la de 9 de mayo de 1995), de modo que no existiría una justificación de un trato diferente por razones objetivas, lo que conduce a afirmar que “...los efectos económicos no prescritos han de ser necesariamente reconocidos, en aplicación de la Directiva 1999/70 CE (...) significando que en cuanto al plazo de prescripción no se discute el plazo de cuatro años (art. 25 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria).

TERCERO.- Pero, ¿qué dice el Tribunal Superior de Justicia de Galicia?

El TSJ conoce del recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de lo contencioso-administrativo, que emplea la misma argumentación que el TSJ de Castilla-La Mancha para admi-

tir la retroactividad de los efectos económicos derivados del reconocimiento de trienios al personal estatutario temporal por aplicación directa de la Directiva Comunitaria.

Sin embargo, el TSJ de Galicia muestra otra visión de este mismo asunto al invocar una sentencia del TJUE que adquiere un protagonismo clave para la resolución de la cuestión controvertida. Se trata de la STJUE dictada en el asunto Impact, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal irlandés sobre la interpretación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, al declarar que, un Tribunal nacional, ante el que se ha interpuesto una demanda por violación de una norma de derecho nacional por la que se adapta el contenido de la Directiva 1999/70, sólo está obligado en virtud del derecho comunitario a conferir a dicha disposición un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de transposición (10 de julio de 2001), si existiese en derecho interno una indicación de esta naturaleza que permita tal efecto retroactivo. Pero es que, en el presente caso, la norma de derecho interno aplicable, a saber, el art. 25.2 del EBEP, niega expresamente el carácter retroactivo a los efectos retributivos de los trienios, por lo que “no cabe duda alguna de que se trata de una norma válida que no entra en colisión con el derecho comunitario”. Así pues, teniendo en cuenta que “nuestro Ordenamiento Jurídico rige el principio general de irretroactividad de las normas que se recoge en el artículo 2.3 del C.C. Este principio tiene su reflejo en el art. 25.2 del EBEP, ha de conducir a la declaración de conformidad a Derecho del acto impugnado, que se limitó a aplicar la norma; lo que da lugar a su vez a la estimación del recurso de apelación”.

Pero, además de la sentencia dictada en el caso Impact, principal baza del TSJ de Galicia para desmontar los argumentos de la parte recurrente de que se proceda a la aplicación directa de la Directiva, y por tanto, de importancia decisiva como ya ha quedado expuesto, el TSJ de Galicia también difiere del TSJ de Castilla-La Mancha en dos aspectos:

- a) La importancia que confiere el TSJ de C-LM a la STJUE de 13 de septiembre de 2007 -sentencia por la que se reconocía el derecho al percibo de trienios del personal estatutario temporal a raíz de la cuestión

prejudicial planteada por un juzgado de San Sebastián-

- b) La doctrina del TC sobre el diferente régimen retributivo del personal funcionario de carrera y el personal funcionario interino.

Respecto de la primera sentencia, el TSJ de Galicia relativiza considerablemente la trascendencia de esta sentencia por dos motivos:

1º. Porque, cuando se dictó esta sentencia, aún no se había aprobado el EBEP, primera ley en nuestro país en la que se predica de forma expresa respecto del personal estatutario su condición de personal funcionario. Por aquel entonces aún se hablaba del personal estatutario como un “*tertium genus*”, y el orden jurisdiccional competente para conocer de sus cuestiones litigiosas era el orden social.

2º. Porque dicha sentencia nada resuelve sobre la posibilidad de aplicar o no, con carácter retroactivo, el reconocimiento de trienios.

Sobre la doctrina del TC, en relación con la aplicación del principio de igualdad de trato en las condiciones laborales y retributivas del personal temporal, el TSJ de Galicia aporta resoluciones de fechas más recientes, como el Auto 122/2008 -dictado cuando ya había recaído la STJUE por la que se reconocía el personal estatutario temporal el derecho al percibo de trienios-, en el que se dice expresamente que “*el funcionariado o personal interino presenta unas importantes peculiaridades con respecto al funcionariado de carrera que hacen objetivo y razonable un tratamiento diferenciado en materia retributiva entre una y otra categoría de personal al servicio de la Administración*”, o el Auto 183/2005, de 9 de mayo, en el que se afirma que “*la doctrina contenida en la STC de 24 de julio de 2000, aunque considerase que un tratamiento diferenciado entre los funcionarios de carrera y los interinos de larga duración con respecto reconocimiento específicamente del derecho a la excedencia para el cuidado de los hijos menores pudiese ser contrario ala art. 14 de la CE, no conduce a afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas(...). Por ello el diferente tratamiento dispensado en el caso concreto en materia retributiva entre el funcionario de carrera y el personal interino resulta plenamente objetivo y razonable*”.

CUARTO.- A mi modo de ver, la sentencia del TSJ de Galicia resulta más acertada y acorde con los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como sería el caso de la Sentencia de 20 de enero de 2010, por la que se declara que no procede el reconocimiento y abono de la carrera profesional al personal laboral temporal, el cual, en virtud de lo previsto en su contrato de trabajo, se rige por el sistema retributivo estatutario. El Supremo trae a colación en esta última resolución, la doctrina del TC expresada en dos autos de 3 de Julio de 2008, sobre el derecho a la carrera profesional por parte del personal estatutario temporal con nombramiento interino, para estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Madrileño de la Salud.

También se podría citar la STS de 3 de septiembre de 2010, que a raíz del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que anula parcialmente el Decreto 2/2002, que aprobó el Reglamento de Ingreso, promoción interna, provisión de puestos y promoción profesional de los funcionarios de Andalucía, estima el recurso de la Junta de Andalucía, y declara que es jurídicamente viable valorar de manera distinta la antigüedad según se haya acreditado que los puestos se han adquirido con carácter definitivo o provisional, frente a las pretensiones defendidas por la Asociación de Interinos de Sevilla y Federación de Asociaciones de Interinos de Andalucía. Estos últimos consideraban que se estaba vulnerando la normativa de derecho comunitario, ya que la Directiva 1999/70 establece que “*Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas*”.

Como dice el Supremo en esta sentencia que traigo a colación, “*aunque ciertamente en cualquier actuación administrativa de nombramiento funcional deben regir los principios constitucionales de mérito y capacidad, ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel exigencia en lo relativo a la publicidad y a los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionario de carrera y para la provisión de puestos con carácter definitivo y, de otro,*

los que son aplicados para nombramientos temporales o de funcionarios interinos”.

QUINTO.- Sin embargo, y pese a todo lo anterior, la reciente Sentencia del TJUE, de 22 de Diciembre de 2010, supone un espaldarazo definitivo a la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, y da al traste con los razonamientos expuestos por el TSJ de Galicia avalados, a mi modo de ver, también por el Tribunal Supremo.

La STJUE se dicta con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso nº 3 de A Coruña en relación con la demanda presentada por la Sra Gavieiro, que en el momento de interponer el recurso, prestaba servicios para la Consellería de Educación como funcionaria en prácticas, y que había trabajado como profesora interina para la misma Administración durante 9 años. La interesada solicita que se le reconozcan y abonen con carácter retroactivo los trienios que aún no se encontraban prescritos.

La sentencia declara que:

- a) El personal interino al servicio de una Administración Autonómica como la de Galicia, está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70. (En este punto coinciden los Tribunales nacionales)
- b) El dato de la mera naturaleza temporal de la relación de servicio de los empleados públicos, no supone por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de justificar la diferencia de trato en relación al pago de complementos salariales por antigüedad. (Sobre este punto, tampoco hay discrepancia con el criterio de nuestros Tribunales de Justicia, y en concreto con la doctrina del TC)
- c) La mera circunstancia de que una disposición nacional como el art. 25.2 del EBEP no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70, no excluye que dicha disposición pueda ser considerada una medida nacional de transposición de esta Directiva al Derecho interno. (Coincide con la sentencia del TSJ de Galicia).
- d) La Eficacia directa de la Directiva. La cláusula 4 apartado del Acuerdo Marco que recoge la Directiva, que prohíbe de manera general y en términos inequívocos cualquier diferencia de trato no justificada

objetivamente, tiene un contenido suficientemente preciso para que pueda ser invocada y aplicada por un juez nacional y *“no confiere en modo alguno a los Estados miembros la facultad de condicionar o de restringir, al adaptar el Derecho interno a dicha disposición, el alcance de la prohibición que impone en materia de condiciones de trabajo”*.

- e) Inaplicación de la doctrina de la sentencia Impact, ya que en esta sentencia la cuestión planteada giraba en torno a la competencia del tribunal nacional para conocer de las pretensiones de la demandante.

Las conclusiones recogidas en los apartados d) y e) adquieren una relevancia singular ya que desmontan los argumentos claves empleados por el TSJ de Galicia para rechazar la retroactividad de los efectos económicos derivados del reconocimiento de trienios, de modo que como dice el TJUE, *“En estas circunstancias(...)a pesar de la existencia en la normativa nacional que transpone la Directiva 1999/70 al Derecho interno de una disposición que reconoce el derecho de los funcionarios interinos al pago de trienios, pero que excluye la aplicación retroactiva de ese derecho, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trata, están obligadas, en virtud del Derecho de la Unión y en relación con una disposición del Acuerdo Marco dotada de efecto directo, a conferir a este derecho al pago de trienios efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno”*.

8.- STSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 31 DE MARZO DE 2010. UNIDADES TEMPORALES DE CÁMPUTO DE SERVICIOS PRESTADOS A EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE ANTIGÜEDAD.

No procede admitir el cómputo en horas de los servicios prestados a los efectos del reconocimiento de la antigüedad con arreglo a lo dispuesto en la Ley 70/78.

En el caso de autos, al apelado manifestaba haber trabajado realizando jornadas de refuerzo que debían computarse, no en días, sino en horas, fijando una equivalencia entre 150 horas de refuerzo con un mes de servicios prestados. Para ello se sirve de la doctrina sentada en relación con los médicos de

refuerzo, según la cual, el alta en el RGSS debe mantenerse durante todos los días naturales del mes, y sólo una vez que cese la relación laboral de los profesionales médicos, podrá producirse la baja.

Con la aplicación de esta doctrina, debe realizarse un nuevo cómputo que incluya los períodos prestados como personal de refuerzo como un solo período sin solución de continuidad, pero eso sí, dicho cómputo debe estar referido necesariamente, a las unidades temporales que marca la Ley 70/78: años, meses y días, más no horas.

9.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2009 SOBRE VALORACIÓN DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN EL SECTOR PRIVADO A LOS EFECTOS DE BOLSA DE TRABAJO TEMPORAL.

Recurso contencioso-administrativo promovido por el sindicato CESM de Castilla y León contra la Orden por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de Facultativo Especialista en Psiquiatría, del Servicio de salud de Castilla y León, así como para la constitución de bolsas de empleo de esta especialidad. Fue solicitada medida cautelar, que mediante auto, deniega el TSJ tras declarar, entre otros pronunciamientos, que una cosa es que no se valore la experiencia en instituciones privadas y otra es que se valore menos que la conseguida en las públicas, existiendo una razón justificativa de carácter objetivo para esto último: el marco donde se realizan las funciones es distinto y pertenece a una red o sistema sanitario diferente.

Ahora bien, semejante afirmación debe ser matizada si tenemos en cuenta las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (21 de diciembre, 20 de julio y 2 de marzo de 2009), en las que se señala, respecto de la diferente valoración del tiempo de servicios prestados en la sanidad privada, que *“desde el momento en que se bareman esos servicios en instituciones sanitarias privadas es porque se considera por parte de la Administración que la experiencia adquirida en ese ámbito supone un mérito y capacidad digno de atención para el desempeño de funciones de idéntico contenido en el ámbito funcional público; de lo contrario sobraría todo tipo de puntuación. La cuestión que se plantea por*

el Juzgado promotor de la cuestión es la patente desproporción que existe en la valoración de esa experiencia (0,3) con relación a otros servicios profesionales en el ámbito del Sistema Nacional de Salud que no guarden relación con el ámbito sanitario (0,5). Es contrario al principio de mérito y capacidad que se valoren más los servicios administrativos sin contenido sanitario con relación a aquellos desempeñados en el ámbito sanitario privado

10.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2010. VACACIONES E IT.

Una vuelta de tuerca más. El Supremo, de acuerdo con la doctrina que ya ha fijado en sentencias anteriores sobre el disfrute de las vacaciones cuando dicho período coincide con una incapacidad temporal, estima ahora la pretensión del actor, con categoría profesional de veterinario, que permaneció de baja durante el mes que había fijado para el disfrute de sus vacaciones anuales. Ante la imposibilidad de disfrutar de dicho período, el trabajador solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados de las vacaciones no disfrutadas, lo que nuestro Alto Tribunal acuerda estimar en concepto de compensación económica.

11. SENTENCIA DEL TSJ DE ASTURIAS DE 30 DE ABRIL DE 2010. LA LIBRE DESIGNACIÓN COMO FORMA EXCEPCIONAL DE PROVISIÓN DE PUESTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La sentencia anula el Acuerdo del Consejo de Gobierno asturiano, de 15 de mayo de 2008, por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario, por entender que se hace un uso indebido del sistema de libre designación. La sentencia recuerda que el sistema de libre designación se configura como excepcional, tanto en la Ley 30/84, como ahora en el EBEP, y además, la Ley de Función Pública de la Comunidad también regula este sistema con el mismo carácter. El TS ha señalado, a su vez, respecto de este sistema de provisión, que:

- a) Tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.
- b) Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.

c) Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad).

d) La objetivación de los puestos de esta última clase ("especial responsabilidad") está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos" y serán públicas. Apoyándose en estos fundamentos, la sentencia anula la provisión por este sistema de puestos como: a) Coordinador Jurídico; b) Jefe/a del Servicio Jurídico del Principado de Asturias; c) Jefe/a Servicio de Régimen Jurídico y Normativa; d) Letrado/a Coordinador/a Área Consultiva.

12.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 16 DE ABRIL DE 2010 SOBRE DISFRUTE DEL DESCANSO DE 12 HORAS TRAS LA REALIZACIÓN DE UNA JORNADA ORDINARIA SEGUIDA DE UNA JORNADA COMPLEMENTARIA.

La recurrente, trabajadora estatutaria de la Gerencia de Atención Primaria de Soria, solicita que se declare su derecho al descanso diario retribuido de doce horas ininterrumpidas tras la realización de jornada ordinaria y jornada complementaria, citando al efecto la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2009 (publicada y comentada en números anteriores). En esta última sentencia, se analizaba la viabilidad jurídica de las programaciones mensuales de servicios acordadas por la Gerencia del Hospital de Guadalajara, en las que se preveía que se podía excepcionar el derecho al descanso entre jornadas en dos ocasiones y sin interrupción: en una primera ocasión, cuando enlaza una jornada ordinaria con otra complementaria o de guardia médica, y en una segunda ocasión, al enlazar el término de la jornada de guardia con una tercera jornada, en este caso ordinaria.

La Sala, tras analizar el art. 52, que consagra con carácter general el derecho al disfrute de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de otra, y en particular su apartado 3.b (relativo a la posibilidad de reducir dicho descanso "cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria, o en su caso, jornada especial"), y apartado 4 (que prevé que en estos casos sea de aplicación el régimen de compensa-

ción establecido en el art. 54), concluye que lo que el artículo 53.3b) ampara sería exclusivamente el supuesto de la realización de una jornada ordinaria a la que le sucedería una jornada complementaria, pero en modo alguno estaría comprendido dentro de dicho precepto las programaciones en las que se establezca la realización de tres jornadas seguidas, una ordinaria, una complementaria y otra tercera ordinaria sin solución de continuidad.

En definitiva, la excepción del art. 52.3.b) del EM se consume por una sola vez, y es para este supuesto para el que está previsto la aplicación del régimen de descansos compensatorios del art. 54 del EM, de modo que "el descanso deberá ser disfrutado inmediatamente después de la guardia realizada, tras 24 horas de trabajo continuado sin posibilidad de acumular otra jornada ordinaria hasta tanto se hayan disfrutado las 12 horas de descanso ininterrumpido correspondiente a la primera jornada ordinaria".

El TSJ de Castilla y León acoge los argumentos de la sentencia antes citada, y estima parcialmente el recurso, pues entiende que lo que solicita el interesado va más allá de lo que recoge la sentencia de referencia al pretender que se le reconozca también el derecho al descanso diario "retribuido". "*Una cosa es que se reconozca el derecho al descanso sin merma de las retribuciones ordinarias que se vinieran percibiendo, y otra distinta es que ese descanso sea retribuido específicamente*".

En efecto, el recurrente solicita además, que tal descanso se compute como jornada trabajada, pues no sería descanso real y efectivo si hay que recuperarlo. La Sala por el contrario entiende que "*en el ámbito en el que nos movemos en que las jornadas de trabajos se miden por lo general en términos de globales de horas a prestar en tiempos determinados respetando las duraciones máximas de jornadas y los descansos mínimos, decir que ha de considerarse como jornada efectivamente trabajada es añadir un plus al derecho al descanso pues supone que esas horas de descanso se consideren como efectivamente trabajadas a efectos de cómputo de horarios máximos*".

Si a lo que se refiere la sentencia es a que no puede existir una retribución específica para el día de descanso, hay que advertir que el TS ya lo ha dejado dicho en varias ocasiones, al señalar que *no se tiene derecho a la percepción del citado comple-*

mento de atención continuada en los días de libranza compensatoria porque el mismo ya ha sido percibido al efectuar el trabajo en las horas nocturnas", y que este criterio se aplica también a los días festivos y de libre disposición. Ello es así, porque "el tiempo de trabajo del personal sanitario de la Seguridad Social se fija en un número determinado de horas al año" y "para el cálculo de estas horas se tiene en cuenta el número de días laborales (diferente para el turno de día, el nocturno y el rotatorio), descontados los de descanso, entre los que se incluyen los festivos y los de libre disposición". Por ello, se concluye que "el abono de estos días con el complemento de atención continuada significaría una duplicación injustificada del mismo (STS de 20 de julio de 2001).

Sin embargo todo apunta a que, la sentencia objeto de comentario se está refiriendo, más bien, a que no merece la condición de tiempo de trabajo efectivo, como así lo confirma el art. 58.2 del EM, y ya lo dijera el TS en su sentencia de fecha de 11 de diciembre de 2002 dictada en casación para la unificación de doctrina, si bien esta última sentencia, en cambio, sí que computaba, a los efectos de la jornada, los días de descanso laborales posteriores a la guardia, al señalar que "Para el cálculo de la jornada ordinaria solo son computables, como es sabido, las horas de trabajo efectivo, y los días laborales posteriores a las guardias que se descansan; pero no las horas de atención continuada ni el descanso semanal obligatorio que, por su propia naturaleza, no es tiempo de trabajo efectivo y debe disfrutarse en todo caso y al margen del número de horas trabajadas durante la semana que le precede".

13.- STS DE 20 DE ENERO DE 2010. TEMPORALIDAD Y CARRERA PROFESIONAL EN EL SECTOR SANITARIO

No procede el reconocimiento y abono de la carrera profesional al personal laboral temporal, que en virtud de lo previsto en su contrato de trabajo, se rige por el sistema retributivo estatutario. El Supremo trae a colación la doctrina del TC expresada en dos autos de 3 de Julio de 2008 sobre el derecho a la carrera profesional por parte del personal estatutario temporal con nombramiento interino, para estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Madrileño de la Salud.

14.- STS DE 10 DE MARZO DE 2010. PROLONGACIÓN DE LA PERMANENCIA EN SITUACIÓN DE SERVICIO ACTIVO DE PERSONAL ESTATUTARIO HASTA LOS SETENTA AÑOS DE EDAD.

El caballo de batalla de la cuestión litigiosa suscitada no es otro que la interpretación que merece el art. 26.2 del EM y, en particular, la importancia que revisten las necesidades organizativas a la hora de limitar este derecho del personal estatutario, y si deben estar obligatoriamente recogidas o no en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos previamente aprobado.

El Supremo entiende que, ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación "en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos", de modo que la Administración tiene que motivar su decisión sobre la prolongación solicitada. El referido precepto no faculta a la Administración para decidir libremente sobre la denegación de la solicitud sin necesidad de una motivación sobre ella.

Este deber de motivar la decisión sobre la base de las necesidades de la organización, no pugna con la potestad de autoorganización de la Administración. En efecto, la Administración en el ejercicio de tal potestad, está facultada para acotar las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa, lo que nadie discute, pero ello no obsta para que, como requisito necesario de validez, la denegación administrativa de una solicitud de prolongación de permanencia en situación de activo debe apoyarse en unas concretas necesidades, que deben estar recogidas en un plan de ordenación de recursos humanos, y sobre cuyo contenido no se ponen límites a la Administración.

Un buen ejemplo lo constituye el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de Salud, recientemente sometido a examen por el TSJ de Cantabria en sentencia de fecha de 2 de marzo de 2010. Esta sentencia, al margen de otras consideraciones, avala el Plan de Recursos Humanos elaborado por la Comunidad de Cantabria, así como la definición que hace de las "necesidades asistenciales", sobre las que debe descansar necesariamente la motivación de la autorización/denegación de la prórroga solicitada.

15.- STS DE 20 DE ENERO DE 2010. ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE MINUSVÁLIDO EN PROCESO SELECTIVO.

El TS considera que no resulta contrario a Derecho que se aprueben unas bases para un proceso selectivo en las que se establezca que el personal que pretenda participar en dicho proceso en su condición de minusválido, aporte, junto con la solicitud, un informe que acredite su compatibilidad para el desempeño del puesto al que opta, es decir, con anterioridad al inicio del proceso.

El TS invoca la normativa estatal, de aplicación con carácter supletorio en el ámbito autonómico, y considera que el art. 18.2 del RD 364/1995 no impide que la acreditación de los requisitos exigibles pueda ser controlada al inicio de las pruebas, ya que el referido precepto reglamentario se limita a disponer que, para ser admitido y, en su caso, tomar parte en las pruebas selectivas correspondientes, bastará con que los aspirantes manifiesten en sus solicitudes de participación que reúnen todas y cada una de las condiciones exigidas, referidas siempre a la fecha de expiración del plazo de presentación.

Es más, a juicio del TS la regla que recoge la citada norma reglamentaria *“no es una regla favorable a los participantes, pues puede ocurrir que quienes han superado un proceso selectivo, se ven “a posteriori” sin la posibilidad de acceder al puesto de trabajo, como consecuencia de la falta de algún requisito o presupuesto. En consecuencia, el que las bases de un proceso selectivo, dentro del ámbito de discrecionalidad que ha de atribuírsele, prevean la anticipación de dicha acreditación no es contrario a dicho precepto”*

PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, POR LA QUE SE ANULA PARCIALMENTE LA ORDEN MINISTERIAL DE 29 DE MAYO DE 2006.

El Boletín Oficial del Estado de 18 de Mayo de 2010, ha publicado el fallo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la que estima "en parte" el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos contra la Orden SCO/174/2006, que mo-

dificaba los anexos del Real Decreto 1277/2003 sobre el establecimiento de las bases generales sobre autorización, servicios y establecimientos sanitarios para el ejercicio profesional de la psicología.

En concreto, el fallo de la Audiencia Nacional declara la nulidad del apartado Cinco del Artículo Único así como la disposición adicional única de la citada Orden Ministerial del 29 de mayo de 2006.

En cuanto al mencionado apartado, referido a Otras Unidades Asistenciales, la modificación ampliaba la definición de las mismas a aquellas que se encontrasen bajo responsabilidad de un profesional capacitado, por titulación oficial o habilitación profesional, *“aun cuando no tengan la consideración legal de «profesiones sanitarias tituladas y reguladas» en el sentido previsto en el artículo 2.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, llevan a cabo actividades sanitarias que no se ajustan a las características de ninguna de las unidades anteriormente definidas”* contemplando aquellas que *“por afectar a profesiones cuyo carácter polivalente permite desarrollar actividades sanitarias vinculadas con el bienestar y salud de las personas en centros que tengan la consideración de sanitarios”*.

Respecto a la Disposición Adicional Única, ésta concretaba la regulación de *“otras unidades asistenciales”* al caso concreto y, en particular de la psicología, al contemplar la posibilidad de su acreditación, pese a no contar los solicitantes de tales unidades con la titulación de especialista en psicología clínica, pero, en cambio, acrediten la licenciatura vinculada curricularmente con Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológico o Psicología Clínica y de la Salud, o bien avalen formación complementaria de posgrado en centros, instituciones o servicios universitarios, o en consultas y gabinetes de psicología clínica.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 21 DE JUNIO DE 2010. OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO.

Sentencia del TS de 21 de Junio de 2010, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de fecha 03/04/2006, que, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dos ATS de Instituciones Penitenciarias ante la

desestimación presunta de su solicitud de reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en relación con su participación en un programa de salud pública. Dicho programa, a desarrollar en el centro penitenciario. incluía la dispensación de jeringuillas, agujas y resto de material necesario para el consumo intravenoso de sustancias tóxicas entre la población drogodependiente del centro con la finalidad de prevenir el contagio de enfermedades.

El TS analiza la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia desde una triple perspectiva: perspectiva constitucional, perspectiva jurisprudencial y la perspectiva del derecho comunitario.

PRIMERO.- Desde la primera perspectiva, a juicio del TS en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe un derecho general a la objeción de conciencia de alcance constitucional, ya que se trata de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo. Dos son las razones que esgrime nuestro Alto Tribunal:

- a) El art. 16.1 de la CE -que es el precepto que suele invocarse-, recoge como límite específico a la libertad religiosa *“el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*, lo que pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus creencias.
- b) El art. 9.1 de la CE consagra el imperio de la ley y la obediencia incondicionada al Derecho, de modo que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del art. 16 *“equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual”*

SEGUNDO.- Desde la perspectiva de la jurisprudencia, tampoco cabe extraer la consideración del derecho a la objeción de conciencia como derecho de alcance general a tenor de las SSTC, desde la STC 53/85 relativa a la despenalización del aborto, pasando por la STC154/2002 o las más recientes SSTC 177/1996 y 101/2004. No obstante, es cierto que la STC 154/2002 merece una mención especial, por cuanto reconoce la proyección de la libertad religiosa en el modo de comportarse a raíz del

caso protagonizado por el menor de edad, testigo de Jehová, que rechazó una transfusión de sangre imprescindible para salvar su vida, contando con la complicidad de sus progenitores, ambos también seguidores de esta confesión religiosa.

TERCERO.- Por último, el TS admite que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sí reconoce, en términos muy amplios, la objeción de conciencia como derecho fundamental, cuando señala que *“se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”*. Sin embargo entiende que la eficacia de la propia Carta debe circunscribirse a aquellos supuestos en que los Estados apliquen el derecho de la UE.

Con estos argumentos, no cabe por tanto, reconocer la pretensión de la parte recurrente, sin que quepa otorgar relevancia jurídica a la previsión recogida en el art. 22 del Código Deontológico de la Enfermería Española, *“pues no se trata de una norma de rango legal”*.

3.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE DICIEMBRE DE 2010, SALA DE LO CONTENCIOSO. IMPUGNACIÓN DE LA ORDEN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2009 POR LA QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA FORMATIVO DE LA ESPECIALIDAD DE ENFERMERÍA GERIÁTRICA.

Impugnación por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de la Orden de 13 de noviembre de 2009, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de enfermería geriátrica. El Colegio entiende que los enfermeros estarían adquiriendo competencias profesionales que no son propias del título de acceso a la especialidad que regula esta Orden, en concreto los apartados que afectan a la realización de diagnósticos y tratamientos farmacológicos.

La clave del asunto estriba en diferenciar entre la regulación de las profesiones sanitarias, y la regulación de la formación conducente a la obtención de diversas titulaciones sanitarias, dos ámbitos estrechamente interrelacionados pero distintos, lo que queda perfectamente explicado en el capítulo primero del Libro *“Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias”*, editado por Lex Nova y coordinado por David Larios. En efecto, la regulación de la Orden se circunscribe al aspecto de la forma-

ción especializada, no a la regulación de la profesión y las competencias, de modo que la regulación que se hace en esta Orden sobre competencias como la controvertida, no pueden entenderse fuera del contexto formativo, de modo que no se menoscaban las competencias atribuidas a los médicos y odontólogos.

No obstante, la sentencia hace una última precisión al hilo de las posibilidades de administración/prescripción farmacológica por parte del personal de enfermería, ya que recuerda que el art 77 de la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, ha sido modificada por la Ley 28/2009 para introducir la participación en la prescripción de “*determinados medicamentos*” de otros profesionales sanitarios, como los enfermeros y los podólogos.

4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN PRIMERA) DE 23 DE JULIO DE 2010, RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 278/2010. FALSIFICACIÓN DE RECETA MÉDICA POR FARMACÉUTICO.

Farmacéutica acusada de sustituir medicamentos cuando no disponía del que se había prescrito. La farmacéutica en cuestión, cuando procedía a la sustitución, simulaba la firma del médico.

El Tribunal recuerda que no hay duda de que una receta de la Seguridad Social, o del Servicio de Salud de la correspondiente Comunidad Autónoma, es un documento oficial, cuya falsificación merece un tratamiento especial en el Código Penal. Así, se distingue entre recetas emitidas por los médicos en ejercicio particular de su profesión -que son documentos que se consideran privados- y las expedidas por los facultativos en el ejercicio de su función sanitaria en organismos públicos -que deben considerarse documentos oficiales-

En cuanto a los motivos por los que la farmacéutica actuó de este modo, el Tribunal comienza por señalar que lo que se juzga es si la farmacéutica alteró un documento oficial como es la receta, y añade que el cambio de un medicamento por otro tiene que ser validado por el facultativo, o excepcionalmente, cuando se trate del mismo principio activo, con la conformidad del interesado.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1.- INFORME JURÍDICO 625/2009 DE LA AEPD. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DE “RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO” Y “ENCARGADO DEL TRATAMIENTO”.

Informe Jurídico 625/2009 de la APD en el que se conjugan conceptos tales como “*responsable de tratamiento*” y “*encargado de tratamiento*” en los casos de cesión de datos personales entre profesionales sanitarios en el marco de una actividad de prestación de servicios, por supuesto “*sanitaria*”, con el carácter especialmente protegido que revisitan los datos sanitarios.

El informe analiza la situación en la que se encuentra el profesional sanitario -protésico dental- que por encargo de un centro sanitario, debe realizar una prótesis a un paciente.

A) En estos casos, en que el profesional recibe el encargo de un trabajo de este tipo, tendrá la consideración de responsable del fichero en el momento en que mantenga contacto directo con el afectado, ya sea emitiéndole factura directamente o bien, en el caso de que para garantizar un correcto funcionamiento del servicio sea necesario disponer de información personal del paciente, de modo que de darse alguna incidencia, resulte preciso efectuar la correspondiente trazabilidad para conocer la identidad de aquél.

En este caso, la cesión de los datos por parte del primer profesional al segundo, debería de legitimarse, o bien con el consentimiento expreso de los afectados, o en una Ley, dado que tratándose de datos de salud resulta aplicable el artículo 7.3 de la LOPD, y al no tratarse de centros que conforman la red del SNS, tampoco sería aplicable el art. 10 del RD 1720/2007.

B) Por el contrario, si el protésico o analista no tienen relación alguna con los pacientes, efectúan los trabajos por encargo, y las facturas emitidas no implican una relación personal con el paciente, en estos casos nos encontramos ante una prestación de servicios por cuenta de terceros (art. 12 de la LOPD), es decir, un encargado del tratamiento, definido en el artículo 3 g) de la LOPD como “*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.*” Defini-

ción que completa el artículo 5.1 i) Reglamento de desarrollo de la LOPD señalando que: “Encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.”

2.- RESOLUCIÓN: R/00696/2010 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

UPS Instituto Dexeus, S.A., derivaba a pacientes a uno de sus facultativos para la realización diversos servicios propios de la especialidad médica de dermatología. El facultativo en cuestión aprovecha los datos personales de pacientes derivados por UPS para facilitarles información comercial sobre el cuadro médico de la sociedad médica a la que él pertenece (EPIDERMOS), sin contar con el consentimiento de los interesados.

El interés de esta resolución sancionadora se encuentra en que pone de manifiesto la importancia del consentimiento expreso de los interesados para el tratamiento de datos personales con fines ajenos a los asistenciales, y en segundo lugar, las cautelas que se deben adoptar en los casos en que se externaliza la prestación de un servicio ante el riesgo de que el encargado del tratamiento de los datos (art. 12 de la LOPD) se “*apropie*” de tal información, y la destine a fines distintos de aquellos que justificaron su utilización.

No obstante, y si nos ceñimos al criterio de la propia Agencia, la condición de encargado del tratamiento no es posible si el profesional sanitario al que se recurre para la prestación de un servicio para garantizar un correcto funcionamiento, considere necesario disponer de información personal del paciente.

3.- INFORME JURÍDICO 355/2010 DE LA AEPD SOBRE EL ACCESO POR LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS A LOS CONTENIDOS DE LOS PARTES DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

La cesión de datos de salud a terceras personas sin contar con el consentimiento de los interesados, tan solo es posible si tal y como establece el art.

7.3 de la LOPD, existe una ley que así lo disponga. Llama la atención que tratándose de datos de salud, la Agencia no haya reproducido el criterio que viene sosteniendo en sus últimos informes sobre la defensa de la especialidad de la Ley 41/2002 frente a cualquier otra disposición normativa que ampare la cesión de este tipo de datos (véase el Informe de la AEPD número 242/2010, emitido por el Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos a raíz de la consulta que la Agencia Tributaria plantea a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en relación con el requerimiento de documentación que la Agencia Tributaria cursó a varios médicos a los que estaba inspeccionando. En el marco de estas inspecciones, la Agencia pretendía que los médicos le aportasen, entre otros documentos, las historias clínicas de pacientes, y copias de los consentimientos informados firmados por los pacientes antes de las intervenciones quirúrgicas)

En este caso, la habilitación legal es doble, ya que el Estatuto Básico del Empleado Público reconoce el derecho individual a recibir protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y la Ley 31/1995 en su art. 36 incluye entre las funciones de los delegados de prevención, “*tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del art. 22, a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de esta ley*” así como “*ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos...*”

A su vez, el mencionado art. 23 de la ley señala que el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral “*práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores previstos en el art. 22 de la ley y las conclusiones obtenidas de los mismos*” y “*relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad temporal superior a un día de trabajo.*”

Así pues, existe habilitación legal para que los delegados de prevención sean informados por el empresario sobre daños en la salud de los trabajadores siempre que tengan su origen en un hecho dañoso relacionado con su entorno laboral, pero

¿qué se entiende a estos efectos por daños en la salud?

La respuesta se encontraría en la Orden de 16 de diciembre de 1987 por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo, y en la que se recoge un formulario en el que deben figurar la descripción de la lesión sufrida por el trabajador, parte del cuerpo lesionada y grado de la lesión que será el mismo que conste en el parte médico de baja.

Es cierto que, según la citada Orden, el empresario no tiene el deber de remitir copia de esta relación de partes a los delegados de prevención, pero sí que la propia ley contempla el derecho de los delegados de prevención a conocer del contenido de una serie de documentos entre los que figuran tales partes, tal y como ya ha quedado expuesto.

Una última cautela, tanto la relación de partes de accidentes de trabajo como la información sobre los daños de la salud que aparezcan en dichos partes se debe entregar de forma disociada.

4.- INFORME DE LA AEPD N° 026/2010 SERVICIO DE PREVENCIÓN EXTERNO EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE SALUD DE LOS EMPLEADOS DE UN AYUNTAMIENTO

PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA.- En el presente informe se analiza la consulta realizada por un Ayuntamiento sobre la labor informativa desplegada por el servicio de prevención externo, en relación con el tratamiento de los datos de salud de los empleados, a raíz de la realización de las acciones de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores.

LAS FUNCIONES DE LA MUTUA DE AT/EP.- En primer término la Agencia se encarga de delimitar el marco normativo de referencia en el que se ha de enmarcar la actividad desarrollada por esta sociedad, y a tal efecto recuerda la diversidad de funciones que pueden asumir las Mutuas, distinguiendo según consta en el TRLGSS, entre funciones propias de su naturaleza como entidad colaboradora, y funciones propias como servicio de prevención, y como en este segundo caso, la Ley de referencia no es otra que la Ley 31/1995.

TRATAMIENTO Y CESIÓN DE DATOS SANITARIOS Y DEBER DE INFORMACIÓN.

Una vez conocido el escenario normativo en el que se desenvuelve la actividad del servicio de preven-

ción, entra a analizar el régimen jurídico de los reconocimientos periódicos de salud previstos en el art. 22 de la citada ley, para extraer las siguientes conclusiones:

a) El sometimiento a este tipo de reconocimientos es voluntario, salvo las excepciones previstas en su apartado segundo, de modo que una vez que el trabajador ha prestado su consentimiento informado para la práctica de este tipo de reconocimientos, no será preciso recabar de nuevo su consentimiento para proceder al tratamiento de los datos de salud por parte de la sociedad de prevención, ya que la habilitación legal a esta excepción se encuentra en el apartado 4 del art. 22 (legitimación para el tratamiento y acceso a estos datos por el personal sanitario así como en los casos de cesión a las autoridades sanitarias).

En este sentido, traería a colación otro informe anterior de la misma Agencia (Informe 0260/2009), complementario respecto del que es objeto de comentario, y ya publicado en números anteriores, según el cual las empresas contratadas para llevar a cabo la protección de riesgos laborales, no se encuentran incardinadas en el régimen del artículo 12 LOPD -precepto legal que exige del requisito del consentimiento en los casos de tratamiento de datos por cuenta de un tercero-, ya que los términos en los que se contempla la cesión de los datos de salud en el artículo 22.4 de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, apuntan a que la empresa externa que presta el servicio no cumple la función de mera encargada del tratamiento, sino más bien, tiene la condición de responsable del tratamiento de esos datos de salud, y, por ende, la comunicación de éstos constituye una cesión.

Por tanto, en el caso en que el servicio de prevención fuese externo, no cabría zafarnos del requisito del consentimiento del paciente por la vía de entender que estamos ante un supuesto de los descritos en el art. 12 de LOPD, salvo como ahora dice la AEPD en este informe de 2010, el personal que acceda a esta información sea el propio personal médico y los trabajadores del Servicio de Prevención que hayan participado en las tareas de vigilancia de la salud, junto con las referidas autoridades sanitarias, lo que veremos con más detalle en la tercera de las conclusiones.

b) Sí sería por el contrario necesario, informar acerca del citado tratamiento en los términos pre-

vistos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999. El artículo 5.1 de la Ley Orgánica impone, sin excepción, la obligación de informar al interesado del que se recojan los datos de los extremos contenidos en este precepto, sin que quepa su exclusión por el hecho de que los datos sean voluntariamente dados por los interesados conociendo su finalidad.

En este apartado, la Agencia recuerda cómo puede articularse el cumplimiento de este deber de información (cartelería), y la sorpresa es que para avalar esta exigencia invoca el art. 18.1 del RD 1720/2007, que recientemente ha sido derogado por sentencia del TS.

En efecto la reciente sentencia de 15 de julio de 2010 anula el citado art. 18 ubicado en la Sección Segunda del Capítulo II, del Título II, cuya rúbrica es la de "*Deber de información al interesado*", y que contrariamente, a lo que sostiene el Abogado del Estado, no se limita dicho precepto a poner de manifiesto que la carga de probar el efectivo cumplimiento del deber de informar corre a cargo del responsable del fichero o tratamiento. Lo que en realidad establece es la obligación de que la prueba de ese efectivo cumplimiento conste documentalmente o por medios informáticos o telemáticos. "*La ley reconoce en su art. 5 el derecho a la información en la recogida de datos, concreta el contenido de la información y advierte de que el deber de informar ha de ser previo a la recogida, pero salvo la indicación de que la información ha de ser expresa, precisa en inequívoca, ninguna referencia contiene a la forma, abriendo así múltiples posibilidades...*" "*En consecuencia, debe considerarse que el legislador ha optado por la libertad de forma*".

c) Cualquier cesión de los datos por parte del Servicio de Prevención a terceros distintos del personal médico que haya intervenido en los reconocimientos, requerirá el consentimiento del interesado con la salvedad de la cesión de tales datos a las Autoridades Sanitarias, y de la Seguridad Social.

5.- SENTENCIA DE 11 FEBRERO 2010 AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. HISTORIA CLÍNICA

La Audiencia Nacional confirma la resolución de infracción de la AEPD impuesta al Servicio Cántabro de Salud por haber vulnerado el deber de secreto, al ser accesibles datos de pacientes me-

dante el uso del programa informático e-Mule. El archivo, que se dio a conocer a través del uso indebido del citado programa, contenía los nombres, apellidos, fechas de nacimiento, direcciones, teléfonos, sexo y, en algún caso, datos de salud asociados de 1.748 pacientes de varias localidades de la comunidad cántabra.

La Audiencia confirma que existió una revelación de datos "*efectiva*" e "*innegable*", puesto que la información personal de los pacientes quedó a disposición del público en la red y, por tanto, "*impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o caigan en manos de terceros*".

6.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2010. ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DEL RLOPD.

PRIMERO.- Con carácter previo al estudio de las cuestiones de índole sustantiva, la sentencia del T.S. entra a analizar dos cuestiones tan relevantes como:

- a) El control de la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria
- b) El interés legítimo como título legitimador para acudir a los tribunales de justicia

Respecto de la primera de las cuestiones formales apuntadas, el TS analiza los límites al correcto ejercicio por la Administración de esta prerrogativa, distinguiendo entre límites formales (observancia de la jerarquía normativa, inderogabilidad singular de los reglamentos y procedimiento de elaboración, amén por supuesto de la titularidad o competencia), y materiales (la reserva de ley y los principios generales del Derecho).

Obviamente el estudio de la doctrina del TS sobre este asunto cobra gran trascendencia, ya que el reglamento impugnado es un reglamento ejecutivo que, por definición, no podría instaurar "ex novo" cargas y obligaciones no previstas en la ley, y desde esta perspectiva se entra a analizar hasta qué punto los artículos impugnados del reglamento limitan derechos, facultades o posibilidades contenidas en la ley.

La legitimación constituye el otro aspecto formal sobre el que se detiene la Sala, para recordar la significación jurídica que la doctrina jurisprudencial atribuye al "*interés legítimo*" y su distinción

con el “*interés directo*” (el primero más amplio y genérico que el segundo, bastando para su invocación que la resolución impugnada repercuta o pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro en la correspondiente esfera jurídica).

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a las cuestiones de derecho sustantivo, señalar que la sentencia admite la impugnación contra el art. 18 del Reglamento, precepto éste que reza del siguiente modo:

Artículo 18. Acreditación del cumplimiento del deber de información

1. El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado. 2. El responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá proceder al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales.

Pues bien, nuestro Alto Tribunal considera, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, que dicho precepto no se limita a poner de manifiesto que la carga de probar el efectivo cumplimiento del deber de informar corre a cargo del responsable del fichero o tratamiento. Lo que en realidad establece es la obligación de que la prueba de ese efectivo cumplimiento conste documentalmente o por medios informáticos o telemáticos. Y aunque no es posible inferir, como con error sostiene la recurrente, que la norma reduce el derecho a probar por cualquier medio de los admitidos en derecho, sí tiene razón cuando aduce que establece “*ex novo*”, al margen de la Ley, una obligación adicional.

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2009. DELITO DE ACCESO A DATOS RESERVADOS DE CARÁCTER PERSONAL POR PARTE DE COORDINADOR DE EQUIPO DE ATENCIÓN PRIMARIA

PRIMERO.- La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo absuelve del delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal al coordinador del centro de salud de la localidad balear de Artá, que en dos ocasiones, accedió a través del programa informatizado de consulta clínica al historial clínico de otro médico del mismo centro de salud sin contar con su autorización y conocimiento, lo que le permitió conocer la identidad del médico de cabecera de este último.

SEGUNDO.- En el caso enjuiciado, se plantea, de entrada, si el recurrente tenía derecho a acceder al dato del médico de cabecera por su condición de coordinador del centro de salud, sobre todo si tenemos en cuenta las funciones que el coordinador tiene reconocidas en el art. 4 del RD 137/84, en relación con lo dispuesto en el art. 16.5 de la Ley 41/2002 sobre usos de la historia clínica por personal sanitario autorizado.

El TS desmonta este alegato por considerar que “*una cosa es que el recurrente en su condición de coordinador pudiera estar autorizado a conocer el nombre del médico de cabecera, en el cumplimiento de las funciones a que se refiere el art. 16.5 de la LAP y otra muy distinta es que, sin expediente incoado, ni denuncia alguna, acceda a este dato de al forma en que lo hizo: introduciendo en la agenda de sus pacientes el nombre del denunciante, que no era paciente suyo, esto es, con una utilización incorrecta del programa informático del que disponía*”.

TERCERO.- Mejor suerte corre la segunda de las alegaciones de fondo realizadas por la parte actora, sobre el hecho de que, el dato consistente en la identidad del médico de cabecera del compañero del centro de salud, no merece la consideración de dato protegido penalmente. Para comprender los motivos que conducen a la estimación del recurso, y la absolución del actor, resulta conveniente conocer la evolución jurisprudencial experimentada por el derecho fundamental a la intimidad hasta el momento en que surge la segunda dimensión de este derecho constitucional, conocida como “*libertad informática o habeas data*”, a raíz de la interpretación realizada por el TC del contenido del art. 18.4 de nuestra Carta Magna.

Una vez clarificado el contenido de este derecho fundamental de nuevo cuño, como es el derecho a la protección de datos de carácter personal (STC

134/99), el Supremo analiza la repercusión penal que tiene la conducta enjuiciada, y su encaje en el tipo previsto en el artículo 197.2 del CP.

CUARTO.- El apartado segundo del referido precepto del CP protege la “libertad informática” al sancionar a “quien, sin estar autorizado, se apodere, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Así como a quien simplemente acceda a ellos por cualquier medio sin estar autorizado y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”

A continuación, nuestro Alto Tribunal disecciona el contenido de este apartado y señala:

a) En relación con “los datos reservados de carácter personal”. Si bien es cierto que la definición de lo que es o no dato de carácter personal viene recogida en la LOPD y en su reglamento de desarrollo (art. 5 del RD 1720/2007), no se conoce en cambio qué datos son reservados. A juicio de la doctrina debiera entenderse a estos efectos que carácter reservado de los datos supone considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera, pudiendo establecerse una equiparación entre “reservado” y “secreto”.

Por tanto, ha de tratarse de datos personales que afecten a la intimidad personal, y en el caso en que se trate de datos que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad estaríamos ante el tipo agravado del apartado quinto del art. 197 “cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz”.

b) Los datos han de estar recogidos en ficheros o soportes informáticos electrónicos o telemáticos, y por tanto resulta exigible para la comisión del tipo penal que exista un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Así por ejemplo, hay que recordar que a juicio del Supremo en sentencia de este año, “los datos personales recogidos en los libros de bautismo no son un conjunto organizado, tal y como exige el art. 3.b) de la Ley Orgánica 15/99, sino que resultan una pura acumulación de éstos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación, en cuanto no están ordenados, ni alfabéticamente, ni por

fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo” (STS de 5 de febrero de 2010)

c) Las conductas pueden consistir en apoderarse, acceder, utilizar (usar sin apoderamiento de ellos) o modificar (que supone alterar el contenido de los datos).

d) Las conductas tienen que producirse sin estar autorizado y en perjuicio de un tercero o del titular de los datos. Frente al criterio seguido por la Fiscalía, que considera que el “mero acceso” no exige que se ocasione perjuicio alguno, el TS entiende que en estos casos el “mero acceso” debe realizarse en perjuicio de un tercero (inciso inicial del 197.2) o en perjuicio del titular de los datos (inciso segundo del at. 197.2), a saber, el sujeto pasivo del delito.

QUINTO.- El TS comparte el criterio de la parte recurrente y considera que el dato en cuestión no merece la condición de dato protegido por los siguientes motivos:

a) Este dato no es un dato personal reservado o secreto, no es un dato que “el hombre medio de nuestra cultura considera sensible”. El art. 15 de la Ley 41/2002 relativo al contenido de la HC de cada paciente no se refiere al nombre del facultativo, y sin que pueda merecer la consideración de secreto o reservado ya que cualquier persona podría acceder a este tipo de datos no sanitarios a través ya sea del personal administrativo de cada centro de salud, llamando al servicio de cita previa o bien acudiendo a los servicios de la Tarjeta Sanitaria de a Gerencia de Atención Primaria.

b) Ahora bien, el hecho de que este dato no merezca la consideración de “sensible”, no supone que automáticamente haya que descartar la virtualidad lesiva que puede comportar el acceso sin autorización a tales datos, sino que “debería acreditarse su efectiva concurrencia (el perjuicio), y en el presente caso no se ha acreditado que el acceso por parte del recurrente al nombre del médico de cabecera (dato administrativo, y en principio inocuo) haya ocasionado un perjuicio al Dr. Bienvenido como titular del dato”.

8.- SENTENCIA DEL TEDH DE 2 DE JUNIO DE 2009.- LA CONFIDENCIALIDAD DE LA CORRESPONDENCIA MÉDICA EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

Un ciudadano británico fue condenado a catorce años de prisión. Mientras se encontraba en libertad provisional sufrió una hemorragia cerebral. Una vez ingresa de nuevo en prisión, es deseo del interesado mantener correspondencia confidencial con su especialista médico para asegurarse de que recibía el tratamiento médico y la supervisión necesaria en prisión.

Las autoridades carcelarias deciden que toda la correspondencia entre el demandante y su especialista sería entregada cerrada al funcionario médico de la prisión. Este último examinaría el contenido del sobre para determinar su condición médica y después cerraría de nuevo el sobre.

A juicio del TEDH, la supervisión de la correspondencia médica del demandante, limitada como estaba al funcionario médico de la prisión, no encuentra un justo equilibrio con el derecho al respeto de su correspondencia en estas circunstancias.

Como ya dijera el TEDH en el caso Z contra Finlandia de 25 de enero de 1997, *“la protección de los datos personales y de los datos médicos es de gran importancia para el disfrute de una persona de su derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizada por el artículo 8 del Convenio. Respetar la confidencialidad de los datos sanitarios es un principio vital en el sistema legal de todas las partes contratantes del Convenio. Es crucial, no solo respetar la privacidad de un paciente sino también preservar su confianza en la profesión médica y en los servicios sanitarios en general”*.

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

1.- SENTENCIA DEL TS DE 25 DE MAYO DE 2010. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR NACIMIENTO DE NIÑA CON MALFORMACIÓN. FALTA DE MEDIOS DIAGNÓSTICOS EN LA ADMINISTRACIÓN.

Paciente de 38 años de edad que, en su primer embarazo, se somete a control ecográfico en el Hospital de Cabueñes para en su caso la posterior práctica de amniocentesis. El parto se produjo con normalidad, y nace una niña con microcefalia y otras alteraciones orgánicas que requieren el ingreso inmediato en neonatología. Las ecografías prac-

ticadas a la madre eran todas de nivel I (nivel básico), cuando los protocolos aconsejan el empleo de ecógrafos de nivel IV, algo que la Administración admite, pero considera que estos medios no eran exigibles por no disponer el hospital de ecografías de ese nivel superior.

El TS entiende que no se pusieron por la Administración los medios precisos para el seguimiento de la embarazada, sobre todo si se tiene en cuenta su edad, y el hecho de que era su primer embarazo, pues *“no basta para exculpar a la administración con decir que en el Hospital de Cabueñes no existían medios para ello, porque obligación de la Administración es poner al servicio de los ciudadanos los medios adecuados para obtener el resultado exigido por el estado de la ciencia en ese momento, y además porque aún aceptando ese hecho, se debió derivar a la gestante al lugar donde el servicio de salud estuviese en condiciones de practicar esa prueba esencial”*. Nuestros Tribunales ya se han pronunciado en ocasiones anteriores sobre la incidencia en la producción del daño de factores extra-sanitarios, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2002 en la que se desestiman las alegaciones de la Administración de que sean tomadas en consideración factores de economía y eficiencia para justificar la intervención practicada a la paciente sin contar para ello con su consentimiento.

El Supremo relativiza el hecho de que se trate de una prueba diagnóstica que no es fiable al cien por cien *“porque siempre que se ofrezca una posibilidad mayor que la prueba efectuada, y tratándose del fin que con ella se persigue obtener, es preciso realizarla y no conformarse con la de nivel I claramente insuficiente para lograr ese objetivo”*.

Respecto a la indemnización, la Administración pretendía limitarla exclusivamente al hecho de que los padres, al no tener conocimiento de las malformaciones que presentaba el feto, se les privó de la oportunidad de haber procedido a la IVE, produciéndose un daño moral. *“Es cierto que la no realización de la prueba indicada para la posible detección de malformaciones fetales como hemos dicho privó a los padres de la oportunidad de plantearse la IVE o de seguir adelante con el mismo, y esa privación que era fácilmente evitable con la prueba diagnóstica requerida para ello, les causó un daño moral indemnizable, pero no lo es menos que, aún cuando ello sea así, precisamente*

la no realización de la prueba requerida comporta la existencia de un nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal de las malformaciones y el daño, tanto moral como económico experimentado por los recurridos, puesto que ocurre de su hijo con tales malformaciones y la incapacidad que las mismas comportan para cualquier actividad de por vida, produce gastos extraordinarios de todo tipo para sus padres...

El TS sigue en este punto la línea mantenida en otras ocasiones (véase por ejemplo la STS de 21 de diciembre de 2005, si bien ésta de la Sala de lo Civil), de no entrar a valorar la hipotética decisión de la madre (¿habría abortado realmente o se trata simplemente de una posibilidad inviable e interesada esgrimida a posteriori por la gestante?), aunque es cierto que no siempre ha sido éste el criterio sostenido por nuestro Alto Tribunal, como así se desprende de lo establecido en sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 2002 en la que el TS señaló que *“es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo”*.

Por otra parte, el incluir dentro de los “daños” indemnizables, el hecho de haber privado a la gestante de la posibilidad de interrumpir el embarazo, levanta algunas críticas entre un sector de la doctrina, por entender que de este modo se está contraviniendo el criterio pacífico de entender que el nacimiento en estas circunstancias de un hijo no es un daño en sí mismo, criterio éste del que encontramos ecos jurisprudenciales entre otras en la sentencia del TS de 4 de febrero de 1999.

Al hilo de esta polémica, resulta muy interesante la lectura de la siguiente sentencia en la que se pone de manifiesto la relevancia de esta otra vertiente del daño.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 16 DE JUNIO DE 2010. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES POR CONFUNDIR LAS MUESTRAS A ANALIZAR Y NO DIAGNOSTICAR UN SÍNDROME DE DOWN.

Mujer embarazada que acude al Hospital de Elda para someterse a una amniocentesis. Practicada la prueba las muestras fueron remitidas por el Hospital al Laboratorio de Genética de la Facultad de Medicina de la Universidad. Se informa que los resultados han sido correctos. Meses más tarde

nace un niño del que se sospecha pueda padecer síndrome de Down, por lo que se remite una muestra de sangre a la citada unidad que confirma el cariotipo propio de este síndrome. Se volvió a analizar el líquido amniótico remitido durante la gestación, dando como resultado trisomía del cromosoma 21.

La sentencia dictada por el TSJ condenando a la Administración Sanitaria al pago de una cantidad de 1500 euros mensuales a favor del recién nacido, revalorizables conforme al IPC, es recurrida por la Administración condenada, para quién en estos casos de enfermedades genéticas con error de diagnóstico, el único daño indemnizable es el del carácter moral de privar a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

El TS cita la doctrina fijada al respecto en la sentencia de 4 de noviembre de 2008, que ya en un supuesto similar aplicó el mismo criterio que el utilizado en sentencia de 28 de septiembre de 2000, para concluir que en todos estos casos además del daño moral *“procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down(...)En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales ; pero cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder a la indemnización”*.

Lo que sí admite el TS es la alegación de la Administración de que esta condena sea solidaria, haciéndose extensiva también a la Universidad Miguel Hernández cuyo laboratorio fue el que cometió el error de analizar una muestra procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída de la paciente. A tal efecto, recuerda la existencia de un convenio de colaboración entre la Administración y la Universidad, por lo que cabría aplicar lo previsto en el art. 140.1 de la Ley 30/1992 (responsabilidad derivada de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones).

3.- SENTENCIA DEL TS DE 17 DE FEBRERO DE 2010. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO GENÉRICO

El Supremo desestima la pretensión de la parte recurrente de ser indemnizados por los defectos advertidos en el documento de consentimiento informado de la paciente sometida a intervención de histerectomía abdominal subtotal. En concreto, se alega que el documento de CI es un documento genérico en el que no se recogen los riesgos personalizados de la paciente.

El TS desmonta las alegaciones al analizar el contenido del documento y comprobar que, en el mismo figuraba el tipo de intervención practicada, la identidad de la paciente y su firma, la del profesional que la practica, los riesgos y consecuencias de la operación, aspectos todos ellos que se ajustaban a lo que en ese momento exigía el art. 10.5 de la LGS.

El empleo de documentos de CI genéricos ha sido criticado en múltiples ocasiones por los Tribunales de Justicia, llegando a afirmar el TS que *“son documentos ética y legalmente inválidos”* (STS de 15 de noviembre de 2006, Sala de lo Civil). No obstante, es de justicia señalar que también existen pronunciamientos que han relativizado la importancia del consentimiento informado personalizado en los casos de intervenciones a las que estaba obligado el paciente por su estado de salud, pues *“dada la gravedad de la intervención realizada no parece razonable entender que la indicación de las secuelas padecidas hubieran hecho desistir a la recurrente de someterse a la intervención quirúrgica a la que se sometió”*.

4.- STS 31 DEMARZO DE 2010. FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE ALTERNATIVAS DE TRATAMIENTO.

Menor de edad que, con 27 meses, comienza a sufrir crisis epilépticas siendo tratado en diferentes centros sanitarios de la red hospitalaria pública con diversas sustancias farmacológicas, sin que ninguna de ellas arrojase resultado satisfactorio, más bien lo contrario. Durante todo el tiempo que estuvo sometido a tratamiento farmacológico, las crisis aumentaron en número e intensidad (20 a 30 crisis diarias).

El 11 de junio de 2003, el menor fue intervenido quirúrgicamente en el centro médico Teknon de Barcelona (sanidad privada), fecha desde la que prácticamente han desaparecido las crisis comiciales, así como los trastornos asociados como el déficit de atención y la hiperactividad.

Para el TS no hay duda alguna, la sanidad pública una vez que constató el carácter refractario de la enfermedad al tratamiento farmacológico, debiera haber informado a los padres de la posibilidad de un tratamiento quirúrgico alternativo. Aunque la sentencia no la cita expresamente, parece tomar en consideración los presupuestos de la doctrina de la pérdida de oportunidad, al afirmar que *“la omisión o inactividad de la administración sanitaria, consistente en no tomar en consideración la alternativa del tratamiento quirúrgico y no informar de ella a los padres, es causa de esa agravación”*.

Por todo ello, el TS condena a la sanidad madrileña a la suma de 200.00 euros con el objeto de resarcir *“el sufrimiento del menor y de sus padres durante él (tiempo que sufrió las crisis), su estado tras ser intervenido y el coste de la intervención”*.

Precisamente en relación con el abono del coste de la intervención en el centro hospitalario privado, el Alto Tribunal desestima la pretensión de la parte recurrente de que se declare inadmisibile el recurso por causa de incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por entender (la recurrente) que la acción ejercitada es más propia de reintegro de gastos derivados de asistencia sanitaria médica de la Seguridad Social. El Supremo entiende que estamos claramente ante una acción de responsabilidad patrimonial, en la que se puede apreciar, además, claramente, la existencia del nexo causal entre la omisión de información y el coste de la asistencia sanitaria en dicha clínica *“pues si los padres confiaron a la sanidad pública el tratamiento de su hijo durante más de tres años, buscando en varios de sus centros hospitalarios algún remedio eficaz, lo natural y lógico, lo que se adecua a una presunción sustentada en las reglas del criterio humano, es deducir que, de darses lo omitido, habrían mantenido esa confianza al decidir, como decidieron, que se practicara la intervención quirúrgica”*.

Tres aspectos destacaría de esta sentencia:

a) La aplicación, a mi juicio, velada, de la doctrina de la pérdida de oportunidad si entendemos que la falta de información ha retrasado o impedido el tratamiento, (véase el caso enjuiciado por la AN en sentencia de 21 de mayo de 2002), pues probablemente la mejoría del menor podría haber sido más temprana y con ello se podrían haber evitado los problemas posteriores que aún presenta.

b) La indemnización del daño moral. La relación de causalidad entre la falta de información y la privación de la posibilidad de decidir, constituye la esencia de la doctrina inaugurada por la STS de 4 de abril de 2000 (por cierto, puesta en jaque por alguna sentencia posterior del TS como la STS de 14 de diciembre de 2005) sobre la valoración autónoma de la desinformación como daño moral independiente, no parece ser el eje central sobre el que pivota la condena, sino más bien los efectos que dicha privación conlleva, a saber:

- 1) Daños morales por los sufrimientos padecidos, aunque obsérvese que, no tanto por el hecho de haberseles privado del ejercicio legítimo a su derecho a decidir, y la consideración de tal privación en sí misma como daño antijurídico. En este punto, entiendo que el TS ha seguido el criterio adoptado con ocasión del ejercicio de acciones de wrongful como es el caso de la STS de 6 de junio de 1997
- 2) Daños patrimoniales por el estado actual en el que se encuentra el menor, y los gastos en que incurrió la familia para poder financiar la intervención quirúrgica en el centro sanitario privado.

c) Una última observación al hilo del daño moral, la problemática de la legitimación para su reclamación, que en este caso no se suscita por el hecho de tratarse de prestación de consentimiento por representación, pero que al menos como ejercicio teórico, serviría para plantearnos qué sucedería si el paciente gozase de la mayoría de edad sanitaria. ¿Tendrían derecho los padres a la indemnización por el impacto psíquico que ha supuesto el calvario padecido durante todos esos años y el peregrinaje por distintos centros hospitalarios sin que se experimentase mejoría alguna?

5.- STS DE 25 DE JUNIO DE 2010. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL E INFORMACIÓN EPIDEMIOLÓGICA

Se trata del caso de una niña de Albacete, que pese a estar vacunada de meningitis, contrae la enfermedad en un viaje a París, y sufre gravísimas secuelas. Lo que se discute en este caso es si ha habido dejación de funciones en el ámbito epidemiológico por parte de la Administración, al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la efectividad de la vacuna que se suministró en

1997. En concreto, lo que se reprocha a la Administración es que, con posterioridad a 1997, se iniciara una nueva campaña de vacunación contra la meningitis (año 2000), dirigida exclusivamente a los niños de hasta 5 años, e informando solo al entorno de éstos, dejando a los mayores de dicha edad (colectivo entre el que figuraba la niña, vacunada en la campaña anterior) sin vacuna y, muy importante, sin información sobre si realmente estaban o no protegidos con la vacuna de la campaña anterior, algo que resulta clave ya que se ha demostrado que la Consejería, cuando inicia la segunda campaña, sabía perfectamente que la efectividad de tal vacuna no era satisfactoria en cuanto a la duración de la inmunización.

El TS considera que se ha privado a los padres de los niños mayores de 5 años de edad, de la posibilidad de tener una información suficiente, comprensible y adecuada, en relación con la insuficiencia de la vacuna suministrada en 1997, por lo que cabría invocar la doctrina de la pérdida de oportunidad al caso enjuiciado.

Así es, como dice textualmente el Supremo “*nadie se revacuna de una enfermedad como la meningitis C, si no tiene noticia de la insuficiencia de la vacuna anterior y es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad como la que nos ocupa...*”

Condena de 800.000 euros y me parecen pocos para como se ha quedado la niña

Llama la atención la indebida aplicación por parte del Tribunal Supremo de la Ley 8/00, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, inexistente en la fecha en que se produjeron los hechos, y en la que sí se regula el “derecho a la información epidemiológica”.

El derecho a la información epidemiológica, constituye un derecho relativamente nuevo en nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que su consagración legal vino de la mano de la Ley 41/2002 a nivel estatal (art. 6), si bien es cierto que con anterioridad a la aprobación de dicha ley ya existían dispo-

siciones normativas autonómicas con rango legal que habían incorporado el citado derecho, como es el caso de la Ley 8/00 en su art. 4.1.c).

La cuestión que se puede suscitar es si existía alguna otra disposición legal previa a la Ley 8/00 que pudiese ser de aplicación al caso de autos, pese a no ser citada por el TS en su fundamentación. Pues bien, la normativa sectorial anterior no recoge este derecho a la información en materia de salud pública como tal, aunque es verdad que existen referencias tangenciales tanto en la Ley General de Sanidad como en otras disposiciones más específicas.

En conclusión, la condena a la Consejería de Salud de Castilla-La Mancha por parte del Tribunal Supremo, lo es apoyándose en una ley que, sencillamente, no existía cuando se produjeron los hechos enjuiciados.

6.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2009. INTERRUPCIÓN DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

La formulación de solicitudes de información sobre la producción de un hecho generador de responsabilidad patrimonial, no interrumpe el cómputo del plazo de prescripción de un año establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 para pedir indemnización y perjuicios a la Administración. Así lo ha entendido el Alto Tribunal al confirmar la resolución del Ministro del Interior que desestimó la solicitud del recurrente de indemnización por el fallecimiento de su hijo, al haber prescrito la acción de responsabilidad patrimonial.

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MARZO DE 2010. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL NO SANITARIA. PROCESO SELECTIVO.

Responsabilidad patrimonial de la Administración por las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de una incorporación tardía a causa de un proceso de selección anulado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina, y reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada de su anormal funcionamiento por el retraso en el reconocimiento de la obtención de la plaza de médico de familia a la que optaba la hija de los recurrentes.

El proceso selectivo fue declarado nulo por no contener, en su sistema de calificación en la fase de oposición, dos listas separadas en función de que el acceso al concurso fuera por turno libre, o turno de promoción interna. De haber existido dichas listas, la hija de los recurrentes habría obtenido el correspondiente nombramiento como médico de familia junto con el resto de opositores aprobados en dicho proceso, y habría podido ocupar su plaza antes de su fallecimiento.

Tal como reconoce el Supremo, el perjuicio causado por la Administración consiste en haber privado de la plaza que le correspondía a la hija de los recurrentes desde la fecha en que fueron nombrados el resto de participantes aprobados, momento en que también ella debió ser nombrada, y, por tanto, reconoce el derecho a percibir la cantidad correspondiente al abono de la diferencia entre el salario del puesto que ocupaba (era ATS) y el que correspondía a la plaza que debió ocupar hasta el momento de su fallecimiento.

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1.- SENTENCIAS

1.1- SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE MAYO DE 2010. ENTREGA DE ACCIONES DE EMPRESA PÚBLICA A SOCIO PRIVADO COMO CONTRAPRESTACIÓN.

Sentencia del TJUE de fecha 6 de mayo de 2010, sobre la venta del 49% de las acciones de una empresa pública griega a un socio privado para que, éste, a su vez, y en contraprestación por el importe de venta que representan las acciones, se comprometa a prestar determinados servicios de explotación de hostelería. La sentencia afirma que *“hay que concluir que un contrato mixto cuyo objeto principal es la adquisición por una empresa del 49 % del capital de una empresa pública y cuyo objeto accesorio, indisolublemente ligado a dicho objeto principal, se refiere a la prestación de servicios y a la ejecución de obras no está comprendido, en su conjunto, en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública”*.

En definitiva, ninguna objeción, al menos desde punto de vista del derecho comunitario, al trasvase de capital accionario de una empresa pública ya constituida hacia un socio privado

1.2.- SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE MAYO DE 2010. LEGITIMACIÓN DE LA UTE PARA RECURRIR ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO.

Sentencia de 6 de mayo de 2010 del TJUE que analiza dos cuestiones: la legitimación de los integrantes de la UTE para recurrir (que confronta con la doctrina del TS), y la adjudicación en contrato único de parte del capital social de una empresa pública a un socio privado junto con la prestación de un servicio.

1.- El Derecho de la UE se opone a que una normativa nacional admita que los miembros de una UTE, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, sean privados de la posibilidad de solicitar a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual, pues de no ser así se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva.

A este respecto conviene conocer cuál es el criterio del TS, que no se ajusta en su totalidad a lo que dice el TJUE. En sentencia de 22 de junio de 2009 (comentada en números anteriores), la impugnación jurisdiccional de actuaciones administrativas en materia de contratación por alguno de los componentes de una Unión Temporal de Empresas, resulta perfectamente admisible en derecho siempre que no exista disidencia alguna entre los componentes de la agrupación temporal. Por el contrario, la existencia de oposición de los restantes miembros a la interposición de cualquier tipo de recurso en vía jurisdiccional, impide que se pueda reconocer legitimación activa a alguno de los partícipes. En virtud de esta doctrina, el TS ha declarado que no procede el recurso de casación interpuesto por uno de los miembros de una UTE que no resultó adjudicatario del concurso para la adjudicación del contrato de consultoría y asistencia para la redacción de proyecto y dirección de obra del Hospital Universitario Central de Asturias, ya que en el caso objeto de enjuiciamiento, la otra empresa componente de la UTE renunció anticipadamente al ejercicio de cualquier acción judicial.

El Supremo entiende que, con este fallo, no se vulnera la doctrina sobre los intereses legítimos, pues la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de los integrantes.

2.- La otra cuestión de interés que recoge la sentencia del TJUE, es la declaración de excluir de las directivas sobre contratación pública la adjudicación de un contrato único que tiene por objeto principal la adquisición del 49% del capital de una empresa pública, y como objeto accesorio de ese mismo contrato, la prestación de servicios, en este caso la gestión de un casino.

Hasta ahora el TJUE ha admitido que se pueda adjudicar de forma directa, y al margen de la normativa en materia de contratación, la prestación de servicios por parte de una empresa mixta si el socio privado ha sido seleccionado respetando las exigencias establecidas por la jurisprudencia comunitaria, es decir, atendiendo no solo a criterios de capital que aporta, sino valorando también su capacidad técnica y características de la oferta. (STJUE de fecha 15 de octubre de 2009, también comentada y publicada en otros números).

2.- INFORMES

2.1 INFORME DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA. DERECHO TRANSITORIO EN LA LEY 34/2010.

Muy buen informe elaborado por la Junta Consultiva de Cataluña sobre el régimen transitorio derivado de la entrada en vigor de la Ley 34/2010.

Las cuestiones que se analizan en dicho informe son tres:

a) Determinación del momento en que los expedientes de contratación deben ajustarse a la nueva normativa. El inicio del expediente. Ante el silencio de la Ley 34/2010, la JCCA, considera que no habría inconveniente en dar respuesta a esta interrogante aplicando el criterio recogido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 30/2007, de modo que los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley se registrarán por lo previsto en la Ley 30/2007.

b) Régimen de recursos aplicable contra las dos adjudicaciones. Para los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, se mantendrá la dualidad de adjudicaciones, provisional y definitiva, y el régimen de recursos será el previsto en la ley primitiva (sólo recurrible la provisional y no la definitiva por ser acto de repro-

ducción y confirmación.) Ahora bien, la Ley 34/2010 afecta al régimen de recursos que cabe interponer contra los actos dictados en tales procedimientos que tengan su origen con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, de modo que, como dice expresamente la DT tercera de la nueva ley, se podrá interponer el nuevo recurso especial y la cuestión de nulidad contra actos susceptibles de ser recurridos, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.

c) Qué recursos procede contra la adjudicación provisional:

- 1.- A. provisional antes de la entrada en vigor de la nueva ley: sólo el recurso del art. 37
- 2.- A. provisional antes de la entrada en vigor pero el plazo para la interposición finaliza con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010. Seguiría siendo aplicable la LCSP de 2007. En este caso, la adjudicación definitiva recaída con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley no se podría recurrir, con una única salvedad, que la adjudicación definitiva se hubiera dictado a favor de un licitador distinto del adjudicatario primitivo ya que en tal caso se podría entender que la adjudicación definitiva habría dejado de ser un acto meramente tributario de la provisional.
- 3.- A. provisional con posterioridad. No se podría recurrir con el nuevo recurso ya que este nuevo recurso sólo es factible respecto de la adjudicación definitiva. Sólo la definitiva, y conforme al nuevo modelo de recursos.

SEGURIDAD SOCIAL

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 1 DE ABRIL DE 2010. LA DOBLE VERTIENTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA DENEGACIÓN DEL SUBSIDIO EN EL CASO DE BAJA MÉDICA POR INTERVENCIÓN DE CIRUGÍA ESTÉTICA.

Trabajadora que se somete a una intervención de cirugía estética (mamoplastia,) y es dada de baja médica. Solicita el subsidio por IT, que se le deniega ya que la cirugía estética no es una presta-

ción sanitaria incluida en el sistema de seguridad social.

Para el TSJ, la situación de baja médica se inició tras ser intervenida de una operación de cirugía estética que no guarda relación alguna con accidente o enfermedad o malformación congénita, excluida de la SS, por lo que no se puede configurar la situación protegida a la que se refiere el art. 128.1 de la LGSS. Distinta sería la situación si, en este mismo supuesto, se hubieran presentado complicaciones o derivaciones que hubieran hecho necesaria la intervención de la sanidad pública. Como dice la Sala, *“si la sanidad pública no ha de asumir estas intervenciones, no debe tampoco soportar los costes económicos que la misma genera como consecuencia del proceso de recuperación (...) Esta situación de convalecencia posterior a la intervención de cirugía estética puede justificar la baja médica pero no se genera con ello el derecho al percibo del subsidio económico de incapacidad temporal, cuando no hay ninguna enfermedad o dolencia intercurrente distinta del mero proceso de reposo y recuperación que exige cualquier intervención quirúrgica mínimamente agresiva”*.

Resulta de interés la fundamentación empleada por la Sala para llegar a tales conclusiones, citando el criterio jurisprudencial del TS de 29 de mayo de 2007 para justificar la exclusión de determinadas intervenciones quirúrgicas del catálogo de asistencia sanitaria cubierto por la sanidad pública, y en la que se analiza la tensión existente entre el factor individual (la salud del ciudadano) y la visión social del problema (la disponibilidad de medios por la entidad gestora y las limitaciones presupuestarias) sobre la base de las previsiones existentes en nuestro derecho positivo, tanto en el Decreto 2766/67, LGSS de 1974 o Ley de Calidad y Cohesión del SNS, que *“si bien establece que la prestación de servicios sanitarios habrá de llevarse a cabo en condiciones igualdad, efectividad y calidad con un sentido de aseguramiento integral, universal y público (...)sin embargo a lo largo de su articulado va precisando los términos de la prestación...”*

No obstante este criterio seguido por el TSJ de Cataluña no es pacífico, ya que el TSJ del País Vasco, en sentencia de 18 de diciembre de 2007, se ha pronunciado en sentido contrario.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2009. ACCIDENTE IN ITINERE Y PERMISO PARA ACUDIR A CONSULTA MÉDICA.

Desestima la Sala el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia que atribuyó al accidente sufrido por la recurrente, la calificación de no laboral. Dicho accidente se produjo cuando la actora volvía al trabajo tras acudir a una consulta médica, previa autorización de la empresa. La finalidad principal del viaje, con independencia de que el mismo hubiera sido autorizado por la empresa, merece la consideración de gestión personal, ajena al trabajo, por lo que el incidente sufrido por la trabajadora no puede ser calificado de accidente laboral “in itinere”.

3.- SENTENCIA DEL TS DE 2 DE MARZO DE 2010 SOBRE EL ALCANCE DE LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA EN CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO.

Importante sentencia del TS sobre el alcance de la cobertura sanitaria en caso de contingencias profesionales, y en particular, sobre la determinación del contenido de la prestación ortoprotésica. En el caso enjuiciado por el TS, un trabajador sufre la amputación del brazo derecho a raíz de un accidente laboral, y la mutua responsable, en lugar de proporcionarle una prótesis mioeléctrica, (indicada por varios facultativos y solicitada por el propio interesado) le facilita otra de distintas características y prescrita por otro facultativo.

La sentencia de suplicación recurrida es favorable a los intereses del trabajador por considerar que, al tratarse de un accidente de trabajo, no resulta aplicable el RD 1030/2006, mientras que la sentencia de contraste aportada por la Mutua, pese a enjuiciar también una contingencia profesional, concluye señalando que, precisamente en aplicación de lo previsto en la citada norma, tales prótesis tan solo cabe implantarla en los supuestos de amputación bilateral.

El TS establece que, aunque es cierto que la prótesis demandada por el trabajador sólo está expresamente prevista por el RD 1030/2006 para los casos de amputación bilateral de los dos miembros superiores, lo cierto es que, tratándose de un accidente de trabajo, dicho reglamento no resulta de aplica-

ción directa y automática, porque, como desde antiguo reconoció la jurisprudencia de esta Sala (...) *en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño, y la asistencia sanitaria (...) a diferencia de lo que sucede cuando no consta tan importante circunstancia (la contingencia profesional) (...) debe prestarse de la manera más completa y ha de comprender el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios...*”

En conclusión, en caso de accidente de trabajo/enfermedad profesional, el trabajador lesionado tiene un derecho absoluto en materia de prestación ortoprotésica, **esté o no incluida en el listado de prótesis financiadas con cargo al Sistema Nacional de Salud.**

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1.- PROYECTOS Y DISPOSICIONES NORMATIVAS DE INTERÉS

A) LA LEY DE ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE COBERTURA PÚBLICA A CARGO DEL SERVICIO CATALÁN DE SALUD, 21/2010, DE 7 DE JULIO.

Universaliza la asistencia sanitaria, extendiendo el derecho a toda la población residente en Cataluña, distinguiendo tres colectivos:

- a) Colectivos con derecho a la AS vía SS
- b) Extranjeros extracomunitarios
- c) Ciudadanos comunitarios

Con esta ley, se incorpora finalmente el 0,7% de población excluida, como es el caso de los profesionales liberales que no tienen la obligación de cotizar a la SS, congregaciones religiosas, o las personas que se encuentran en situación de exclusión social.

Por supuesto, también recoge lo que otras comunidades han hecho al ampliar la cobertura sanitaria con cargo a sus presupuestos a favor de quienes han visto extinguido su derecho a la asistencia sanitaria de acuerdo con la normativa de SS, como es el caso de quienes se encuentran en situación de desempleo.

Para aquellas otras personas que, pese a estar residiendo en Cataluña, no se encuentren dentro de

estos colectivos, se les asegura en todo caso la asistencia sanitaria de urgencia.

En definitiva, la Comunidad Autónoma de Cataluña da el paso definitivo para poder hablar de universalidad real y efectiva de la prestación sanitaria (anticipándose al Estado, una vez más). No obstante, llamo la atención sobre la regulación que hace del procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, pues cabría entender que tal procedimiento lo es exclusivamente para el derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Servicio Catalán de Salud -sin comprometer al SNS- y sólo desde esa perspectiva sería admisible, pues de lo contrario, ¿en qué lugar quedaría el Instituto Nacional de Seguridad Social?.

Sin abandonar la Comunidad Autónoma de Cataluña, señalar que el art. 12 de la Ley 21/2000 de Cataluña ha sido recientemente modificado por Ley 16/2003, de 10 de junio. Esta Ley viene a actualizar los períodos de conservación de la historia clínica que deberán ser tenidos en cuenta por aquellos centros sanitarios y profesionales que ejerzan en Cataluña. No se dispone de un plazo único de conservación de las historias, sino que se establece un periodo de 15 años a contar desde la fecha del alta asistencial para la conservación de los siguientes documentos: las hojas de consentimiento informado, los informes de alta, los informes quirúrgicos y el registro de parto, los datos relativos a la anestesia, los informes de exploraciones complementarias, los informes de necropsia y los informes de anatomía patológica.

La documentación no mencionada expresamente, y que forma parte de la historia clínica, podrá destruirse transcurridos cinco años desde la fecha de alta, a decisión de la Dirección Médica, y previo informe adoptado por una comisión técnica en materia de documentación clínica que crea la propia Ley. No obstante, contempla la posibilidad de que se puedan conservar otros documentos por razones asistenciales, o de otra índole (epidemiológicos...).

B). PRINCIPALES NOVEDADES DE LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

1.- Nuevos principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

2.- Organismos Reguladores. El personal de estas entidades se designará teniendo en cuenta lo que dice el art. 13 del EBEP para el caso de los directivos, y para el resto del personal conforme a las previsiones del art. 55 del EBEP.

3.- Sostenibilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas (art. 32). Para garantizar la sostenibilidad presupuestaria, las Administraciones tienen que aplicar unas políticas de contención del gasto, y se adecuarán a los principios de estabilidad presupuestaria, transparencia, plurianualidad y eficacia. Las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, deberán valorar sus repercusiones y efectos de forma que se garantice la sostenibilidad presupuestaria.

4.- Silencio Administrativo. Art. 40

Se amplía el ámbito del silencio positivo. El Gobierno en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general. Las Comunidades Autónomas evaluarán igualmente la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo.

5.- Incumplimiento del Derecho Comunitario y Responsabilidades de las Administraciones Públicas.

Los incumplimientos, por acción u omisión, respecto de las obligaciones impuestas por las normas de la U.E. y que den lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, determinará que las Administraciones Públicas y las entidades que integran el sector público asuman en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento. El órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento y acordar en su caso la compensación de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración de que se trate, será el Consejo de Ministros.

6.- Acceso al Registro Nacional de Títulos Universitarios y el Registro Nacional de títulos académicos no universitarios.

La ley autoriza expresamente a las Administraciones Públicas para que puedan acceder a estos regis-

tros para la tramitación de los procesos selectivos de personal funcionario o laboral, así como en la aplicación del procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales (léase art. 20 del EBEP).

7.- Contratación Pública.:

7.1. Compromiso del Gobierno de elaborar en un plazo de tres meses un informe sobre la posibilidad de incluir en el precio de los procedimientos de contratación pública el IVA cuando intervengan licitadores exentos del impuesto (Disposición Adicional Vigésima).

7.2. Se añade nuevo supuesto al cuadro de exclusiones de la LCSP, en concreto los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación (art. 4.1.r).

7.3. Modificación del art. 11 del contrato de colaboración público-privada.

7.4. Contratos Privados y Modificaciones de Contrato.

Las Modificaciones de los contratos privados también ahora se regirán por la LCSP, a diferencia del régimen anterior que solo se aplicaba a los contratos administrativos (art. 194). Art. 20.2. Sin embargo el orden jurisdiccional civil seguirá siendo competente. El orden jurisdiccional civil va a seguir conociendo de las controversias que surjan entre las partes en relación con la modificación de estos contratos privados (contrasentido), aunque se rijan por la Ley de Contratos del Sector Público ya que, la Ley 2/2011, no ha modificado lo previsto en el art. 21.2º de la Ley 30/2007.

7.5. A tal efecto se añade a la LCSP el Título V relativo a "Modificación de los contratos" (y al que se remite el art. 202 respecto de la modificación de los contratos administrativos), que incluye en la Ley 30/2007 los artículos 92 bis, 92 ter, 92 cuarter y 92 quinquies.

7.6 Conforme al nuevo régimen de modificación, sólo se va a poder modificar un contrato en dos casos:

1.- Cuando esté expresamente prevista la posibilidad en los pliegos o en el anuncio. En tal caso se debe indicar las condiciones en que podrá hacerse uso, el alcance y los límites así como el % de precio del contrato que puede verse afectado.

2.- Modificaciones no previstas. Sólo cuando se justifiquen suficientemente la concurrencia de una serie de circunstancias (fuerza mayor, inadecuación de la prestación...) y en todo caso no se podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación/adjudicación

En este segundo caso, la ley nos facilita la labor de qué hemos de entender por "*alteración sustancial*" incorporando un elenco de supuestos, como por ejemplo, exceder del 10% del precio del contrato, o bien cuando pueda presumirse que hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados.

7.7. En cualquier caso, no se puede utilizar la modificación para:

- a) Adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas,
- b) Ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o
- c) Incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

7.8. Deja bien claro la ley qué no son modificaciones contractuales (art. 92 bis de la LCSP)

- a) La sucesión en la persona del contratista,
- b) La cesión del contrato
- c) La revisión de precios y
- d) La prórroga del plazo de ejecución,

7.9. El importe previsto de la modificación ahora se debe incluir para calcular el valor estimado del contrato.

7.10 Resolución del contrato y modificación. La Obligatoriedad de la modificación.

Hasta ahora el contratista podía resolver el contrato cuando la modificación implicaba una alteración del precio en cuantía superior al 20% del precio primitivo, vamos que no resultaba obligatoria.

Ahora se establece que "*en estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas*", y, en consecuencia, desaparecen como causa de resolución del contrato a instancia del contratista. De hecho el art. 206 d la LCSP ya no incluye esta causa como posible resolución de contrato.

7.12. Nuevas Causas de Resolución de contrato.

Son nuevas causas de resolución del contrato:

- a) Imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados
- b) Posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I.

Precisamente para este último caso, se ha modificado el art. 208 incorporando nuevo efecto, el derecho del contratista a ser indemnizado con un 3% del importe de la prestación dejada de realizar, y además, al mismo tiempo, se podrá hincar el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, aunque bien es verdad que la adjudicación de éste último queda condicionada a la terminación del expediente de resolución.

7.13. Posibilidad de imponer al adjudicatario la obligación de subcontratar una parte de la prestación nunca superior al 50%, con terceros no vinculados al mismo, siempre que se advierta en el pliego como condición especial de ejecución.

7.14. Se modifican algunos de los contratos típicos, como el de obras y el de concesión de obra pública y el de suministro.

7.15 Nueva disposición adicional la 35ª de la LCSP que, recogiendo la doctrina del TJUE, admite que los contratos públicos y concesiones puedan adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta, pero siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas de la LCSP, y no se vayan a introducir modificaciones en el objeto y condiciones del contrato que en su momento fueron tenidas en cuenta para la selección del socio privado.

7.16. Nuevo Texto Refundido para el día 6 de Marzo de 2012.

7.17. El contrato de gestión de servicio público.

Ahora se incluye a las Mutuas de AT/EP como posibles órganos de contratación para que puedan celebrar contratos de gestión de servicio público, siempre que la prestación consista en la gestión de la prestación sanitaria.

Curioso, no son Administración pero pueden celebrar un tipo de contratos que por definición se

predican de actividades propias de la Administración.

8.- Modificación de la Ley 30/1992

8.1 Se modifica el art. 142.3 de la Ley en relación con la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y se dice que el dictamen del Consejo de Estado/Consejo Consultivo será preceptivo cuando las reclamaciones sean de cuantía igual o superior a 50.000 €.

2.- INFORMES Y DOCUMENTOS

2.1. PRESTACIONES SANITARIAS Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

A) OBSERVACIONES AL INFORME 00272/2010 DEL GABINETE JURÍDICO DE LA AEPD SOBRE LOS REGISTROS DE OBJETORES DE CONCIENCIA PARA LA IVE.

El informe analiza cuatro cuestiones relacionadas con la puesta en marcha de estos registros por parte de las Administraciones Sanitarias por su relevancia desde el punto de vista de la legislación sobre protección de datos de carácter personal:

- a) La legitimación para el tratamiento de los datos personales de los profesionales sanitarios objetores de conciencia.
- b) La competencia para la llevanza del mismo
- c) El alcance de las cesiones de datos relativos a la condición de objetor del profesional sanitario
- d) El ejercicio por éste de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

CONSIDERACIONES PREVIAS.- Previamente al análisis de las cuestiones antes reseñadas, la AEPD entra a realizar unas breves consideraciones sobre la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia, consideraciones que se compatibilizan mal con las conclusiones a las que llega la Agencia al estudiar, de forma particularizada, las cuatro cuestiones ya apuntadas.

La AEPD invoca a tal efecto la STC 53/85 para recordar que estamos ante un derecho que hunde sus raíces en el art. 16 de la CE -derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto-, lo que a su vez hay que se conectar con la previsión de la LO 2/2010, de que el profesional sanitario que desee objetar en conciencia a la práctica

de la IVE lo debe poner de manifiesto de forma anticipada y por escrito, lo que supone según la Agencia, la necesidad que exista un “archivo o registro” en el que pueda conservarse la constancia documental de la condición de objetor. Para la AEPD, la exigencia de la manifestación expresa del profesional tiene como objeto “*garantizar en todo caso el ejercicio de un derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del profesional sanitario...*”

Si, como señala la Agencia en su informe, estamos ante un derecho fundamental ¿cómo es posible hacer depender su ejercicio legítimo, del cumplimiento de un requisito formal como la inscripción del profesional en un registro? Llama la atención, que la STC que cita el informe para apuntalar los comentarios relativos al derecho a la objeción de conciencia, dice que “*cabe señalar que, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación...*”. Erróneo punto de partida el de la AEPD si lo que se quería era resaltar la idoneidad de tales registros.

En segundo lugar, y sin abandonar este estudio preliminar sobre la objeción de conciencia y los registros de profesionales, resaltar el confuso y equívoco empleo que hace la AEPD de los términos “registro” y “archivo”.

Buen ejemplo de tal distinción lo encontramos en:

a) El diverso tratamiento jurídico que brinda la Ley 30/1992 a las solicitudes de acceso de los ciudadanos cuanto éstas se refieren a archivos - documentos que deben corresponderse con procedimientos administrativos ya finalizados- a diferencia del acceso al contenido de los registros, que escapa a esta limitación sustancial. (Art. 37 de la Ley 30/1992).

b) La definición que de “archivos” facilitan las distintas leyes de patrimonio documental -estatal y autonómica- van en la línea de considerar que se trata de colecciones orgánicas de documentos reunidos para su conservación y posterior utilización. En este sentido, la Ley de Castilla-La Mancha atribuye a los “archivos” como finalidad, “*la de servir a la gestión administrativa*”. Esta visión de lo que es un archivo encaja a la perfección con lo que dice el art. 3 LOPD que es un fichero “*todo conjunto organizado de datos de carácter perso-*

nal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.

c) Un ejemplo del empleo de esta acepción del vocablo “*archivo*” lo encontraríamos en la propia Ley 11/2007, que contempla la creación en cada Administración de un “*archivo electrónico de documentos*”.

d) Por el contrario, un registro presenta como nota característica el hecho de atribuir efectos jurídicos a los actos que a ellos se incorporan.

TERCERO.- Sobre las cuestiones de fondo. La legitimidad para el tratamiento de los datos.

El carácter preceptivo del consentimiento expreso y por escrito del interesado para que se puede proceder al tratamiento de sus datos cuando éstos son alguno de los que recoge el art. 7.2 de la LOPD (datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias), ha de entenderse cumplida en estos casos si entendemos que la necesaria manifestación expresa que debe ser llevada a cabo para que proceda el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, implica una manifestación pública, pues esta declaración de voluntad del interesado debe ser conocida para que la propia Administración pueda permitir el ejercicio de tal derecho. De este modo cabría entender que la manifestación de objeción de conciencia, y el necesario consentimiento para el tratamiento de datos, van irremisiblemente unidos, “*la propia manifestación de voluntad del interesado haciendo pública su condición de objetor supone la prestación de un consentimiento (...) para que pueda ser identificado como tal en el registro...*”

Ahora bien, la Agencia señala que en todo caso, si finalmente se articulase un procedimiento para la realización de tal manifestación, lo que sí se debería cumplir es el deber de información consagrado en el art. 5 de la LOPD para garantizar, en todo caso, el tratamiento de sus datos.

CUARTO.- Competencia para la gestión del registro

La Agencia, ante la falta de desarrollo reglamentario de la ley en este punto, se decanta porque sea la Administración la encargada de velar por la prestación del servicio, la que deba mantener el citado registro y asumir la condición de responsable del tratamiento. No obstante, admite que puedan existir otros registros de los que sean responsables los

colegios profesionales u otras entidades de derecho público, aunque la Agencia -quizá por no tratarse de una materia propia de su ámbito de competencia-, no llega a adentrarse a estudiar cómo se articularían, caso de crearse tales registros paralelos por otras corporaciones, las relaciones entre los registros de los colegios y los registros de la Administración. ¿Será suficiente con que la manifestación pública y expresa de objeción de conciencia se haya realizado ante la organización colegial para eximir del cumplimiento de este deber ante la Administración? ¿Qué alcance tendría la declaración de voluntad inscrita en el registro de la Administración? ¿Comprendería también la actividad asistencial a realizar en la sanidad privada si entendemos tal y como hace la Agencia que estamos ante un derecho fundamental, cuyo ejercicio va más allá de si estamos ante un centro de titularidad pública o privada? (señalar que la IVE se puede practicar también en los centros sanitarios privados concertados/vinculados con la Administración Pública).

La Agencia en ningún momento se pronuncia sobre la Administración competente para la creación de estos registros, pues lo que la Ley Orgánica prevé en este punto es que *“Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta ley”*

¿Entra dentro de las respectivas competencias de los servicios públicos de salud la creación de tales registros?

Si entendemos que estamos ante registros administrativos en lugar de ante registros jurídicos, sí podríamos defender su constitución por los Servicios de Salud como herramienta de control y planificación de la actividad asistencial para garantizar el derecho de las embarazadas a la práctica de la IVE en los supuestos y con los requisitos que marca la ley. Pero, aún en tal caso, se podría suscitar la duda de, hasta qué punto el desarrollo reglamentario de previsiones contempladas en una ley orgánica puede ser acometido por las Administraciones de las CC.AA. Quizá lo más acertado sea considerar que la creación de estos registros deba ser tarea encomendada al Estado, mientras que su mantenimiento y gestión de forma descentralizada, correrá a cargo de las respectivas Administraciones Sanita-

rias, de forma similar a como acontece con otros registros sectoriales.

En cualquier caso, lo que no cabe duda es que los registros en cuestión no pueden ser regulados de forma tal que su creación responda más a las características propias de un registro jurídico que a las de un registro administrativo, o lo que es lo mismo, de la inscripción en estos registros no se podrían derivar efectos o consecuencias jurídicas que delaten los efectos constitutivos del registro en lugar de su eficacia meramente “ad probationem”. De lo contrario, ¿qué validez tendría por ejemplo la declaración de objeción realizada por un profesional sanitario, con carácter previo a la práctica de la IVE, pero sin que se hubiera inscrito en el registro autonómico creado al efecto? ¿se podría cercenar lo que, para la Agencia, sería el contenido esencial de un derecho fundamental, por la comisión de una infracción formal?

QUINTO.- Ejercicio de los Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

El acceso a la información obrante en este registro debería quedar limitada, al margen del propio interesado, por supuesto, a la Administración y a los pacientes, si bien en este último caso siempre que tal petición estuviese fundamentada en un interés legítimo. Sin embargo, creo que la mención hecha al interés legítimo carece de sentido toda vez que la paciente embarazada que pretenda acceder a esta información lo hará siempre esgrimiendo, no la titularidad de un interés legítimo, sino la titularidad de un derecho subjetivo como es el derecho a la prestación sanitaria de la IVE, y en todo caso, habría que tener en cuenta que la Ley 30/1992, cuando regula el acceso a expedientes en los que se contienen datos nominativos de personas, exige que se esté en posesión de un interés legítimo y directo (no simplemente legítimo).

Por otro lado, entiendo que en relación con el acceso a esta información por parte del paciente, podría plantearse una situación que no ha contemplado la Agencia en su informe, ¿qué sucede si el profesional sanitario decidiese ejercitar, frente a la pretensión de la paciente (que no de la Administración) de acceder a esta información, su legítimo derecho de oposición?

Mayores problemas suscita el ejercicio por el propio interesado de los derechos de cancelación y oposición.

Para la Agencia, el ejercicio por el interesado del derecho a que se cancelen sus datos personales que figuran en el registro, o el derecho a oponerse a que se proceda al tratamiento de tales datos, resulta incompatible con el mantenimiento mismo de la condición de objetor, ya que como ha quedado expuesto anteriormente, para la Agencia la manifestación pública de objeción de conciencia y el necesario consentimiento para el tratamiento de datos personales van unidas, y por tanto, si el interesado solicitase la supresión de sus datos personales ello supondría la revocación de su consentimiento, y por ende, también llevaría aparejada la pérdida de la condición de objetor de conciencia.

Discrepo con el parecer de la Agencia, la sombra del requisito formal no puede llegar a eclipsar por completo el contenido sustantivo de un derecho, que, insisto, la propia Agencia llega a tildar de derecho fundamental. Además hay que advertir que el derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental bifronte, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, esto es, un derecho con sustantividad propia y un derecho instrumental que opera como garantía de otros derechos fundamentales. ¿Se puede privar de efectividad a un derecho fundamental por que se hayan infringido requisitos formales impuestos por la legislación reguladora de otro derecho fundamental, como es el derecho a la protección de datos de carácter personal?

B) DICTAMEN 1/2010 SOBRE LOS CONCEPTOS DE RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO Y ENCARGADO DEL TRATAMIENTO ELABORADO POR EL GRUPO DEL ARTÍCULO 29 SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS.

El grupo de expertos concluye en su dictamen, que el concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, lo que obliga a verificar si concurren o no los tres elementos esenciales:

- a) El aspecto personal (la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismos).
- b) La posibilidad de un control plural (solo o conjuntamente con otros)

- c) Los elementos esenciales para diferenciar esta figura de otras afines, a saber que “*determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales*”.

Respecto del concepto de encargado del tratamiento, el grupo considera que para poder actuar como tal tienen que darse dos condiciones básicas:

- a) Ser una entidad jurídica independiente del responsable del tratamiento
- b) Realizar el tratamiento de datos personales por cuenta del responsable, una actividad que puede limitarse a una tarea o contexto muy específico, o dejar un cierto grado de discrecionalidad sobre cómo servir los intereses del responsable del tratamiento

2.2. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN SANITARIA

A) INFORME DE LA PONENCIA DE ESTUDIO DE LAS NECESIDADES DE RECURSOS HUMANOS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El informe es interesante, permite conocer datos curiosos sobre el gasto sanitario de nuestro país, el peso presupuestario de los recursos humanos de los Servicios de Salud, el nº de profesionales sanitarios, la supuesta carestía de médicos, o la situación particular de algunas especialidades.

Entre las recomendaciones para abordar la política de recursos humanos en el SNS se recogen, entre otras:

- a) La necesidad de impulsar el Sistema de Registro Nacional de Profesionales Sanitarios
- b) La coordinación de las políticas asistenciales en el seno del C.I. con el establecimiento de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos en todo el SNS. Entre los objetivos de este plan, se encontraría la “*desfuncionarización*” de la profesión médica, flexibilizando el empleo.
- c) La modificación de las políticas retributivas para evitar desplazamientos en determinadas especialidades
- d) Abordar la problemática de los profesionales sanitarios que ejercen tan solo con el título de licenciado

- e) Afrontar la situación de determinados profesionales sanitarios, como es el caso de los psicólogos, dietistas, podólogos, ortoprotésicos, fisioterapeutas, así como los ópticos-optometristas, de los que se dice se hace necesaria su incorporación al SNS debiendo existir en cada centro de salud

Una recomendación curiosa: se establece la necesidad urgente de iniciar la formación de pacientes, al modo de los programas de paciente experto y paciente tutor

B) DOCUMENTO SEMFYC SOBRE “MEDIDAS BÁSICAS PARA MEJORAR LA GESTIÓN DE LOS PROCESOS DE IT”. Nº 28 AÑO 2010.

La Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, a través del presente documento, pone de manifiesto las principales debilidades de las que adolece el actual modelo de tramitación y gestión de los procesos de incapacidad temporal, excesivamente burocratizados, con la consiguiente banalización del acto médico, que se convierte de este modo, en un trámite imprescindible pero rutinario, desprovisto de todo su valor.

El documento, además de recalcar que los partes de baja médica pueden ser expedidos por cualquier facultativo con independencia del nivel asistencial en el que preste servicios, recoge una serie de propuestas de mejora orientadas a dinamizar los trámites de este proceso y mejorar la indicación terapéutica de la IT, ajustándola a criterios clínicos basados en la duración estimada de cada proceso, y la evaluación realizada por el médico.

C) INFORME 7/2010 DE 28 DE JULIO DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA.

La Junta Consultiva informa las disposiciones recogidas en Decreto por el que se crea el Sistema Sanitario Integral de Utilización Pública de Cataluña, formado por tres redes:

- a) La red de centros de internamiento de utilización pública de Cataluña, a la que podrán adherirse los titulares de centros sanitarios privados en los términos previstos en el enigmático art. 67 de la LGS (Convenios Singulares de Vinculación), aunque no da más pistas de cómo se articulará dicha integración.

- b) La red de centros y servicios sanitarios de ámbito comunitario de utilización pública de Cataluña, que prevé la integración en ella de proveedores de servicios sanitarios de titularidad privada mediante el establecimiento de un contrato marco

- c) La red de servicios de transporte sanitario de utilización pública de Cataluña

Para aquellos proveedores que quieran incorporarse con posterioridad, se contempla la existencia de un “*catálogo de potenciales proveedores*”, cuya integración se llevará a cabo a través de un procedimiento restringido.

2.3.- ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

A) DIRECTIVA 2011/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 2011, RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA.

1.- Ámbito de aplicación y Relaciones con los Sistemas de SS.

- a) La Directiva regula los derechos de los pacientes que deciden solicitar asistencia sanitaria en un Estado miembro que no sea el Estado de miembro de afiliación, sin distinguir si se trata de centros sanitarios públicos o privados, como así se colige de lo dispuesto en el art. 1.2 al afirmar que “*la presente Directiva es aplicable a la prestación de asistencia sanitaria a los pacientes, con independencia de cómo se organice, se preste y se financie*”.

Según se recoge en los “considerandos” preliminares al articulado de la Directiva, “*La presente Directiva no da derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en dicho Estado miembro*”

- b) No desplaza a los Reglamentos comunitarios para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Es decir ambos sistemas (el de la Directiva y el de los Reglamentos comunitarios) van a coexistir
- c) En cuanto a los Estados miembros, éstos asumen el deber de informar debidamente al paciente de cuál de las dos vías resulta más ventajosa.

En este sentido el artículo 5 de la Directiva establece expresamente entre las obligaciones del Estado de afiliación, que la *“información relativa a la asistencia sanitaria transfronteriza distinguirá claramente entre los derechos reconocidos a los pacientes en virtud de la presente Directiva y los derechos derivados del Reglamento 883/2004”*.

d) ¿Cómo se canaliza esta información? A través de los puntos nacionales de contacto.

2.- Exclusiones

El ámbito subjetivo de la Directiva excluye los servicios de cuidados de larga duración que precisen las personas para la realización de los actos cotidianos de la vida diaria (dependencia), trasplante de órganos y programas de vacunación pública.

3.- Transversalidad de la Directiva

El carácter transversal de la Directiva no afecta a la vigencia de un amplio elenco de disposiciones normativas comunitarias, que complementan la vigencia de la Directiva en sus respectivos ámbitos sectoriales, como es el caso a título de ejemplo de la Directiva 95/46 de protección de datos de carácter personal.

4.- Alcance del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza

a) A los efectos de esta Directiva, el derecho al reembolso de los gastos sanitarios no se limita exclusivamente a los derivados de la prestación sanitaria, sino que incluye también los propios de la prestación farmacéutica (receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios)

b) Deja abierta la posibilidad de que los distintos Estados miembros puedan añadir otros gastos susceptibles de reembolso, como los gastos de alojamiento y de viajes.

c) Para que el reembolso opere, resulta imprescindible que dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a las que tiene derecho el asegurado en el Estado miembro de afiliación, (art. 7.1 de la Directiva y considerando 34), de modo que el reembolso queda limitado a la asistencia sanitaria a la cual el asegurado tenga derecho conforme a la legislación del Estado miembro de afiliación.

Dicho de otro modo (vertiente negativa), *“La presente Directiva tampoco pretende crear el derecho*

al reembolso del coste de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro, si dicha asistencia sanitaria no se encuentra entre las prestaciones establecidas por la legislación del Estado miembro de afiliación del asegurado” (Considerando 33 de la Directiva).

Esta previsión merece una valoración positiva, que al menos se respete la cartera de servicios nacional, lo que no siempre ha sido así al existir algunos pronunciamientos judiciales más que controvertidos que han cuestionado los límites materiales del SNS.

d) Se consagra el derecho a la continuidad de documentación clínica (la Directiva no lo recoge con esta denominación, pero sí que apunta a que así sea). El art. 7.2.f) dispone en relación con las obligaciones del Estado de tratamiento el derecho de los pacientes, en aras de la continuidad de la atención, a que *“tengan derecho a obtener en papel o en forma electrónica la historia clínica de dicho tratamiento y como mínimo una copia del mismo”*, y el art. 5.d) en relación con los compromisos que corresponden al Estado de afiliación, señala *“que los pacientes que traten de someterse o se sometan a tratamiento transfronterizo tengan acceso remoto a su historial médico o dispongan como mínimo de una copia del mismo...”*

e) El art. 7.5 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones *“con el fin de garantizar que los pacientes disfruten cuando reciban asistencia sanitaria transfronteriza, de los mismos derechos que hubieran disfrutado de haberla recibido en una situación comparable en el Estado miembro de afiliación”*

5.- El Reembolso de gastos

a) Corresponde a cada Estado miembro determinar a qué asistencia sanitaria cuyos gastos deban ser asumidos, tiene derecho el asegurado (art. 7.3 de la Directiva), así como el nivel de asunción de dichos gastos.

b) A los efectos de calcular los costes por la prestación de asistencia sanitaria, se establece la obligación de los Estados miembros de tener *“un procedimiento transparente para el cálculo de los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza”*. (art. 7.6). No obstante la propia Directiva advierte que los gastos que haya que abonar tienen como

límite cuantitativo “*hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada*”. (art. 7.3).

En esta misma línea, véase el considerando 32 que reza del siguiente modo “*En ningún caso deben los pacientes obtener ventaja financiera alguna de la asistencia sanitaria prestada en otro Estado miembro, y la asunción de los costes debe limitarse únicamente, por tanto, a los costes efectivos de la asistencia recibida*”.

c) Modalidades para satisfacer los gastos sanitarios ocasionados: Se contemplan dos, el reembolso de los gastos contraídos por el paciente que haya recibido la asistencia o bien el abono directo por el Estado miembro.

d) Regla general: El Estado de afiliación no supeditará el reembolso de los gastos a autorización previa salvo que concurren los casos que se contemplan en el art. 8 de la directiva. (art. 7.5). Más genérico y amplio es el contenido de la Consideración 38 según la cual no cabe supeditar la asunción de los costes a autorización previa “*cuando dicha asistencia, de haber sido dispensada en su territorio, hubiera sido asumida por su sistema de seguridad social o sistema nacional de sanidad obligatorio*”.

6.-Procedimiento Administrativo para la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza, y el posterior reembolso

a) Fijación de plazos razonables

b) Valoración, a los efectos de evaluar las solicitudes de asistencia sanitaria transfronteriza, de la afección específica y la urgencia/circunstancias individuales.

7.- Límites al derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza. La Autorización Previa.

a) Exigencia del requisito de autorización previa:

- Cuando el paciente deba pernoctar en el hospital al menos una noche, o bien cuando se exija en empleo de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados. La concurrencia de alguna de estas circunstancias debe ir acompañada de la existencia de necesidades de programación o el deseo de controlar los costes y evitar despilfarro de los recursos técnicos, humanos y financieros.

- Hay otros dos supuestos en los que se exige el requisito de la autorización previa, ambos con un común denominador: la seguridad del paciente. En efecto se exige este requisito si el tratamiento pueda suponer “*un riesgo particular para el paciente o la población*” o cuando la prestación de la asistencia “*pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados...*”

b) No existe obligación de tener que aceptar a pacientes de otros Estados para tratamientos planificados o darles prioridad en detrimento de otros pacientes, por ejemplo, si aumentara el tiempo de espera de otros pacientes. La entrada de pacientes puede crear una demanda la capacidad existente de un Estado miembro en relación con un tratamiento en particular (Considerando 21).

Póngase en relación esta previsión con lo que dice el articulado de la Directiva al señalar que, será causa de denegación de la autorización previa solicitada “*cuando pueda prestarse en su territorio en un plazo médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada interesado en el momento y la posible evolución de su enfermedad*”. (art. 8.6. d) de la Directiva).

A su vez, en esta misma línea de resaltar la importancia de las listas de espera, el Considerando 43 resalta la misma idea, al señalar que “*la denegación de la autorización previa no puede basarse en la existencia de listas de espera en el territorio nacional (...) sin que previamente se haya procedido a una evaluación médica objetiva*”.

8.-Mecanismos de Responsabilidad, Calidad y Seguridad del Paciente.

a) Se recoge el compromiso de que los Estados miembros deben disponer de los mecanismos necesarios para responder de los daños derivados de la asistencia sanitaria. En este sentido, el art. 4.2 establece entre las obligaciones que debe asumir el Estado de tratamiento, las relativas, entre otras, a que “*se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones (...) de acuerdo con la legislación del Estado miembro de tratamiento cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida*” y “*se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares...*”

b) La preocupación por la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria cristaliza en la exigencia del re-

quisito de autorización previa cuando la prestación del servicio se efectúe por un prestador que pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados (art. 8), y añade en el art. 8.6, entre los supuestos en los que se puede denegar la autorización solicitada, “vaya exponerse (el paciente) a un riesgo que no pueda considerarse aceptable”, “...cuando la población en general pueda quedar expuesta a un riesgo sustancial...” o cuando “dicha asistencia sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que suscite motivos graves y específicos de inquietud respecto a las normas y directrices relativas a la calidad y a la seguridad del paciente...”.

9.- Prestación Farmacéutica

a) Derecho a que el paciente pueda recibir cualquier medicamento cuya comercialización se haya autorizado en el Estado miembro del tratamiento, aún en el caso de que la comercialización del medicamento no esté autorizada en el Estado miembro de afiliación. (Considerando 36).

b) En el caso en que el medicamento en cuestión no esté incluido entre las prestaciones a las que tiene derecho el asegurado por el Sistema de Seguridad Social o Sistema Nacional de Sanidad del Estado miembro de afiliación, éste no vendrá obligado a reembolsar los gastos.

c) El reconocimiento de las recetas en otros Estados miembros no debe afectar a ninguna obligación profesional ni ética que pudiera exigir del farmacéutico la negativa a dispensar el producto recetado. (Léase Objeción de conciencia)

d) El reconocimiento de recetas tendrá lugar siempre que éstas hayan sido expedidas por un miembro de una profesión regulada en la acepción del artículo 3 apartado 1 letra a) de la Directiva 2005/36 CE.

10.- Cooperación en la evaluación de las tecnologías sanitarias

La Directiva no crea nada nuevo, es más modesta en este punto, y se contenta con apoyar y facilitar la creación de una red voluntaria formada por las autoridades u organismos de evaluación de las tecnologías sanitarias que designen los Estados miembros.

11.- Enfermedades Raras

a) En los casos de solicitud para recibir asistencia sanitaria programada en otro Estado miembro por

padecer enfermedad rara, es imprescindible que se practique una previa evaluación clínica por expertos en ese ámbito (art. 8.4 de la Directiva)

b) Desde el punto de vista de las instituciones sanitarias, se configura una red europea de centros de referencia (art. 12)

c) Desde la perspectiva de las instituciones comunitarias, y en particular de la Comisión, se pone de manifiesto el deber de concienciar a los profesionales sanitarios de las herramientas disponibles para ayudarles a diagnosticar correctamente las enfermedades raras.

2.4.- BIOÉTICA

A) DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN DE BIOÉTICA DE LA SEGO SOBRE LA LEY ORGÁNICA 2/2010 DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Con esta declaración, la Comisión de Bioética de la SEGO aborda tres cuestiones:

a) La inseguridad e incertidumbre que planten los términos “anomalía fetal incompatible con la vida”, y qué se entiende por “enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento de diagnóstico

b) Los aspectos metodológicos del funcionamiento interno de los comités clínicos.

c) Condiciones especiales en la Gestación Gemelar.

Para la comisión, el funcionamiento de estos nuevos comités no debiera diferir en cuanto a metodología del funcionamiento de los comités de ética asistencial, por lo que sugiere la utilización de una metodología bioética basada en:

a) Aspectos Médicos (estudio del diagnóstico, las posibilidades reales de tratamiento y alternativas posibles, así como el análisis de las consecuencias de cada alternativa, es decir de la finalización o no del embarazo).

b) Análisis de los valores, que en este caso serán también los valores propios que encarna el nasciturus.

c) Calidad de Vida del sujeto, teniendo en cuenta parámetros tales como, el tiempo de supervivencia previsible, el grado de desarrollo neurológico pre-

visible o el tipo y grado de dependencia previsible y las condiciones futuras de vida.

d) Otros factores, como son las consecuencias para la madre, para la familia y los factores sociales.

B) INFORME DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA Y ÉTICA MÉDICA (AEBI) ACERCA DE LA DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN DE BIOÉTICA DE LA SEGO SOBRE LA LEY ORGÁNICA 2/2010

En el informe en cuestión se critica el contenido de la anterior Declaración en base a las siguientes consideraciones:

a) Se traslada a los Comités Clínicos la labor de evaluar cada caso concreto y la responsabilidad de decidir sobre la interrupción de la gestación.

b) Se defiende una visión de la Medicina que no admite la deficiencia, acepta la eugenesia prenatal, y genera una grave discriminación de los nacidos y adultos que padecen enfermedades incurables.

c) No corresponde a la Medicina, y menos aún a un Comité Clínico, decidir qué es la vida humana y el nivel de calidad de vida exigible para conservarla.

En otro orden de cosas, esta misma Asociación realiza un pronunciamiento muy conservador sobre el alcance del derecho a la objeción de conciencia para que se distinga, en relación con la práctica de pruebas diagnósticas prenatales, entre lo que sería el acto médico de control de diagnóstico del feto (mujeres embarazadas que se encuentran en situación de alto riesgo), de lo que sería la participación en el programa de las autoridades sanitarias de uso del diagnóstico prenatal como medio de prevención de enfermedades o defectos genéticos, ya que es un hecho que se ha establecido una conexión entre diagnóstico prenatal y aborto eugenésico. En esta línea recuerdan la recomendación de la OMS, de que se reconozca el derecho a la objeción de conciencia al diagnóstico prenatal -es decir, no solo a la IVE- de quienes se oponen al aborto.

C) COMISIÓN CENTRAL DE ÉTICA Y DEONTOLOGÍA MÉDICA DE LA OMC. DOCUMENTO SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA MÉDICA. JUNIO 2010.

El documento constituye una reflexión sobre la importancia del Consentimiento Informado desde un doble punto de vista: el bioético y el legal.

Desde la primera perspectiva, sin decir nada nuevo, cabría destacar como meritorio, la importancia que le concede la propia organización colegial a esta figura, y la necesidad de desterrar la visión burocrática que del consentimiento informado se tiene en el mundo médico. Sin embargo, desde la perspectiva legal, a mi modo de ver, este documento adolece de algunas imprecisiones, en particular cuando entra a analizar la capacidad del menor maduro.

Según este documento, la franja de edad que comprendería el menor maduro abarcaría desde los 13 a los 16 años, de modo que el menor con 12 años cumplidos quedaría excluido del ejercicio de la capacidad de autodeterminación decisoria y, a lo sumo, debería ser oído, según interpretación literal de la Ley 41/2002, cuando la mayoría de la doctrina coincide en que esta polémica franja abarcaría desde los 12 a los 16 años -siempre a efectos de prestar el consentimiento informado-, de modo que sólo cabe el consentimiento por representación respecto a pacientes con edades comprendidas entre doce y dieciséis años, cuando el menor no sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la actuación pretendida.

Por ello, una de las recomendaciones que recoge este documento debería ser objeto de matización, pues el médico no puede informar a los padres en todo caso, siempre que lo considere oportuno y necesario, sino siempre que lo considere oportuno y necesario a la luz de la falta de competencia del menor de edad para tomar una decisión responsable, o bien porque estemos ante un caso de especial relevancia por su gravedad e importancia (una intervención de la que se pueden derivar consecuencias irreversibles ...). Entiendo que de seguir la recomendación de la Comisión en su literalidad, podría comportar, en algunos casos, una vulneración del derecho a la intimidad del menor de edad.

Así lo ha entendido la Comisión de Bioética de Cataluña, que en el documento que lleva por título "*La persona menor de edad en el ámbito de la salud*", de 24 de noviembre de 2009, señala que:

a) Si el facultativo "*considera que tiene (el menor) la capacidad y la madurez suficientes en relación con una intervención o tratamiento en el ámbito de*

la salud y no quiere que se informe de ello a los padres y tutores, el profesional ha de priorizar el deber de respeto a su voluntad y mantener la confidencialidad”

b) Respeto de la capacidad para tomar decisiones, añade que “En general, se presume que la persona de menos de doce años no tiene capacidad o madurez suficientes”.

Finalmente, el documento de la OMC, adolece, además, de algunas carencias, como el hecho de no analizar los casos especialmente conflictivos que pueden plantearse, por ejemplo, cómo debe actuar el médico cuando existe una discrepancia de pareceres entre el paciente menor de edad y sus padres, sobre la procedencia o no de aplicar un determinado tratamiento médico (obviamente en supuestos en los que no concurra la nota de especial gravedad).

D) COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA. DICTAMEN SOBRE EL RECHAZO AL TRATAMIENTO AL FINAL DE LA VIDA . ABRIL DE 2010.

El documento analiza los distintos escenarios con los que se puede encontrar el profesional, y con carácter previo, desmenuza el significado de la capacidad para tomar decisiones en el ámbito sanitario.

El documento se muestra muy autonomista, al reconocer capacidad de decisión al menor con edades comprendidas entre los doce y los dieciséis años, aunque reconoce que en casos difíciles puede ser necesario acudir al Comité de ética del centro, y en última instancia, al juez. Este es un aspecto, el de la capacidad del menor de edad para la toma de decisiones de las que se pueden derivar efectos irreversibles y de gravedad o incluso la muerte, especialmente polémico, existiendo una corriente de opinión que se muestra claramente contraria a esta tesis (Josefa Cantero en su artículo publicado en la Revista de la AJS). Yo no estoy totalmente de acuerdo con lo que la autora plantea, pero sí que quizá sería conveniente reflexionar sobre este asunto, porque de lo contrario podemos caer en el absurdo de exigir la mayoría de los 18 años para otorgar unas Instrucciones Previas para dejar constancia del deseo a rechazar determinados tratamientos fútiles, y en cambio, ahora, en el momento

presente, esa misma decisión la podría tomar el menor de edad por debajo del umbral de los dieciséis años, y con suficiente madurez.

También se analiza en esta primera parte, los efectos de las decisiones adoptadas por sustitución, al igual que las expresadas de forma anticipada (Véase en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 22 de septiembre de 2004, por el que se estima el recurso de apelación interpuesto contra auto que acordó la autorización de la transfusión sanguínea al recurrente. El Tribunal comprueba que el apelante expresó su voluntad consciente a no recibir un determinado tratamiento incompatible con su religión, decisión que no afecta a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, como elementos del orden público protegido por la ley, y que por lo tanto debía ser respetada)

El documento pone especial énfasis en distinguir tres tipos de conductas:

a) La conducta del profesional de imponer su criterio al paciente moribundo. Jurídica y éticamente inadmisibles.

b) La objeción de conciencia, que no cabe invocar de modo alguno cuando lo que pretende el médico es imponer al paciente un tratamiento que, éste expresamente ha rechazado. De igual modo, señala que tampoco se puede hacer pasar por objeción de conciencia la decisión del médico de negarse en tales supuestos a aplicar, como alternativa, cualquier otro tratamiento, aún cuando éste sea de índole paliativa.

c) Las conductas que habitualmente se hacen pasar como tal, pero que en realidad, esconden las reticencias del profesional a actuar en unas condiciones de demasiada inseguridad. En estos casos también hay claroscurios.

1.- Si el médico considera que la ejecución de la decisión tomada por el paciente comporta unos riesgos manifiestos, y la actuación profesional se tiene por inútil, o incluso contraproducente, entonces no cabe hablar tampoco de objeción de conciencia, sino de objeción de ciencia o de “criterio de buena práctica y de responsabilidad”.

2.- Tampoco habría objeción de conciencia, si la actuación puede ser útil pero con un riesgo importante, aunque sería una opción perfectamente legítima -pensemos en las intervenciones a los Testi-

gos de Jehová que precisen gran aporte de sangre y con riesgo claro de hemorragias masivas que pueden comprometer la vida del paciente-, y con un límite, que la no aceptación por el profesional no puede suponer el abandono del enfermo.

3.- Por último, lo que sí sería reprochable es la decisión del profesional de negarse a realizar una actuación claramente útil para el paciente, y el riesgo que se corre es remoto.

d) ¿Qué sucede si la decisión del paciente consiste, no ya en rechazar la instauración de un tratamiento, sino en la retirada del ya aplicado, y del que se va a derivar de forma inevitable su fallecimiento?. ¿Tiene cabida aquí la objeción de conciencia?. Para el Comité de Cataluña: “*No hay en principio, ninguna diferencia ética o legal entre no empezarla (la actuación) y detenerla (...) Una pretendida objeción de conciencia en contra de toda retirada de tratamientos vitales no queridos nos llevaría a la vulneración del espíritu y la letra del consentimiento informado*”. Este es un aspecto que no ha sido muy tratado por las disposiciones autonómicas, que en cambio, sí han reconocido abiertamente el derecho a los cuidados paliativos, aún cuando ello pudiera acelerar el éxitus (La Rioja y Cantabria)

Otros documentos de gran interés, estrechamente relacionados con el final de la vida, y cuya lectura se recomienda, son:

a) La Declaración sobre “*la Atención Médica al Final de la Vida*”, de la Asociación Médica Mundial.

b) El documento, que, a modo de glosario, muestra los conceptos sobre la “*Atención Médica al Final de la Vida*”, elaborado a partir de la propuesta del Consejo General de Colegios Médicos de España.

De entre lo más reseñable de este último documento, destacaría la propuesta, muy acertada a mi juicio, de desterrar el empleo de términos equívocos como “*eutanasia pasiva*” y “*eutanasia indirecta*”, que generan confusión y que, en realidad, se están refiriendo a conductas y formas de actuar que han sido avaladas, tanto desde el punto de vista jurídico como ético, por distintas instancias consultivas especializadas, como es el caso de la Comisión de Bioética de Andalucía.