

# JURISPRUDENCIA E INFORMES

*Sección a cargo de Vicente Lomas Hernández  
Doctor en Derecho - Lcdo. en CC. Políticas  
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica  
Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

## PRESTACIONES SANITARIAS

### **1.- STSJ DE MADRID DE 10 DE ABRIL DE 2014, Nº 431/2014, REC 1333/2013. ASISTENCIA SANITARIA. DENEGACIÓN DEL PERMISO DE RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS HUMANITARIAS A UNA MADRE Y SU HIJO MENOR DE EDAD, PROCEDENTES DE GUINEA ECUATORIAL.**

El art. 45.4 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, prevé que se pueda conceder autorización por razones humanitarias “*A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida*”.

En el presente caso el menor de edad de 8 años padece asma bronquial desde los tres meses, no es por tanto una enfermedad sobrevenida, y tampoco pone en grave peligro la salud o la vida como se demuestra en los informes. El hecho de que los episodios se hayan venido repitiendo a lo largo del tiempo, solo demuestra la cronicidad de la enfermedad.

### **2.- STS DE 30 DE MAYO DE 2014, Nº REC 2/2007. NULIDAD RD 1301/2006, DE 10 DE NOVIEMBRE. ANULACIÓN DEL RD 1301/2006, DE 10 DE NOVIEMBRE**

Se impugna el RD 1301/2006, de 10 de noviembre por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

El fundamento del recurso consiste en la inadecuación del instrumento normativo (real decreto) para incorporar al derecho interno la Directiva 2004/23/CE. El TS considera que la regulación de la sangre del cordón umbilical, células y tejidos, no constituye desarrollo del derecho a la vida (art. 15 CE) por lo que no estaría sujeta a reserva de ley orgánica, pero ¿y a reserva de ley ordinaria?

La disposición general recurrida sí regula aspectos esenciales relativos a la protección de la salud como así se desprende de la lectura de su preámbulo, lo que incide en el ámbito del derecho a la protección de la salud del art. 43 de la CE, cuyo apartado segundo establece una reserva de ley respecto de los derechos y deberes de todos.

### **3.- SENTENCIA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE 24 DE JUNIO DE 2014, CASO PETROVA CONTRA LETONIA. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO PARA EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y LOS FAMILIARES**

A raíz de un accidente de coche, el hijo de la recurrente sufrió heridas mortales que finalmente desembocaron en su fallecimiento. Inmediatamente después de su fallecimiento, sus riñones y el bazo le fueron extraídos al objeto de trasplantar sus órganos. La demandante, que era su madre, no fue informada de ello y por tanto no pudo ejercer ciertos derechos presuntamente establecidos en virtud de la legislación interna (consentir o rechazar la extracción de órganos). Por este motivo, la parte recurrente considera que se ha violado el art. 8 del Convenio en el sentido, como ya he señalado anteriormente, de que la extracción de los órganos de su hijo se realizó sin su consentimiento.

La legislación letona tiene establecido el sistema de consentimiento presunto conforme al cual son los familiares quienes deben adoptar medidas activas si desean vetar cualquier extracción de órganos. El problema que se suscita es si la legislación letona es suficientemente precisa en el sentido de si contempla algún mecanismo que permita a los familiares del paciente fallecido ejercer tales derechos.

En el caso en cuestión, el paciente estuvo tres días ingresado en el hospital, inconsciente, sin que durante ese período de tiempo nadie del hospital se hubiera puesto en contacto con la madre para mantenerla informada, lo que el Gobierno letón justifica porque:

1. No había información de contacto registrada en la tarjeta.
2. Conforme a la legislación letona, no existe obligación por parte del coordinador del centro de trasplantes de recabar el consentimiento de la madre. Según la legislación letona, la extracción de los órganos está prohibida en los casos en que se haya recibido una negativa o una objeción pero no en los casos en los que no se han establecido los deseos de los pacientes más próximos.

A juicio del Tribunal, la citada legislación estatal genera cierta incertidumbre sobre cómo opera en la práctica el consentimiento presunto, y constata que en este caso en concreto no se aplicó ningún mecanismo para que la demandante expresara sus deseos. Por este motivo, la falta de precisión de la legislación letona para proporcionar una protección legal adecuada frente a la arbitrariedad del Estado, la Sentencia le otorga a la demandante en concepto de daño moral una indemnización de 10.000 €.

Nuestra legislación no difiere demasiado de la letona ya que el art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos establece que se podrá realizar la extracción de órganos siempre que el fallecido no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice dicha extracción.

El art. 9.1 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad,

establece que la obtención de órganos de donantes fallecidos con fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen los requisitos siguientes:

a) Que la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y será respetada.

En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

b) Siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes, o la persona en quien delegue, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido:

1º Investigar si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente.

2º Examinar la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.

Obsérvese que la legislación estatal, al igual que la letona, no impone al coordinador de trasplantes el deber de recabar de los familiares del fallecido su consentimiento expreso para la donación y extracción de órganos, y siempre que las circunstancias lo permitan, un deber de información a los familiares y solo si éstos estén presentes en el centro sanitario. Las similitudes con el caso enjuiciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parecen evidentes.

Así pues en nuestra legislación no existe ningún inconveniente a que se pueda efectuar la extracción de órganos de un paciente fallecido si éste (no los familiares) no exteriorizó de forma manifiesta su expresa oposición a la extracción de órganos para su posterior donación.

Sin embargo la práctica clínica habitual nos muestra una realidad que difiere por completo de la visión que se tiene de esta materia desde el mundo del Derecho, ya que la extracción de órganos de personas fallecidas no se realiza sin recabar el consentimiento de los familiares, y por ello las voluntades anticipadas reguladas en el art. 11 de la Ley de Autonomía del Paciente, se han convertido en un cauce para evitar que finalmente sean precisamente los familiares quienes decidan contra la voluntad del fallecido. El riesgo es que con la citada regulación existente sobre voluntades anticipadas tanto a nivel estatal como autonómico, se llegue a entender de forma errónea, y con total olvido de la Ley de trasplantes, que, en ausencia de consentimiento positivizado de manera auténtica en un documento de voluntades anticipadas, no es posible realizar trasplante alguno.

#### **4.- STSJ DE CLM. DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2014, Nº 973/14, SALA DE LO SOCIAL. DERECHO DE PACIENTE CON OBESIDAD MÓRBIDA A LA CIRUGÍA BARIÁTRICA.**

Paciente con obesidad mórbida que fue sometido a cirugía bariátrica. Como consecuencia de la gran pérdida de peso experimentada por el enfermo sufrió un cuadro de dermatitis por fricción en la región de la cara interna de los muslos. Por este motivo, el paciente solicita que se le reconozca el derecho a ser sometido a la intervención quirúrgica consistente en una dermolipectomía de miembros inferiores, a realizar por el Sescam, ya sea en un centro público o privado.

La Administración interpuso recurso de suplicación contra la decisión judicial adoptada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, que el TSJ desestima ya que la prestación sanitaria solicitada se encuentra comprendida dentro de la cartera de servicios del SNS. Se trata de una intervención complementaria y derivada directamente de la inicial cirugía bariátrica que le fue practicada debido a la obesidad mórbida que padecía, y que además resulta imprescindible para que el paciente recupere la funcionalidad de sus miembros inferiores.

## **CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **I.- SUBROGACIÓN DE PERSONAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA SANITARIA.**

#### **1.- STSJ DE CASTILLA LA MANCHA, SALA DE LO SOCIAL, 14 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº REC 529/2013. RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y SUBROGACIÓN DE PERSONAL POR LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA**

Se cuestiona si la resolución por parte del Sescam del contrato “*servicio de información y acompañamiento*” en el Hospital de Tomelloso, comporta un supuesto de sucesión de empresa, de aplicación del art. 44 del TRET.

La resolución de dicho contrato se hizo por considerar que el Servicio de Información y Acompañamiento, pese a redundar en la imagen y calidad del servicio del hospital, no afecta a las prestaciones asistenciales o a la actividad propia del mismo siendo por tanto un servicio prescindible en la actual situación de crisis económica.

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por una de las trabajadoras despedidas por la empresa contratista tras la resolución del contrato antes citado, ya que no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa, ni tampoco la asunción por parte del Sescam de una parte esencial de la plantilla, sino que por el contrario, decide poner fin al contrato con la empresa adjudicataria y asumir el servicio de información y acompañamiento en sus propias dependencias y con su propio personal, lo que impide la aplicación del art. 44 del TRET.

En apoyo de este razonamiento, el Tribunal trae a colación la STJUE de 20 de enero de 2011 sobre la extinción por un Ayuntamiento de la contrata de limpieza (ya comentada en el Boletín de Derecho Sanitario nº 74/2011, disponible en la página web del Sescam), y la asunción del servicio por la propia entidad local contratando para ello a nuevo personal.

#### **2.- STSJ DE C-LEÓN DE 9 DE ENERO DE 2014, Nº 4/2014. SUBROGACIÓN DE PERSONAL DE CONTRATA DE HOSTELERÍA DEL HOSPITAL DIVINO VALLÉS.**

El Hospital Divino Valles está integrado dentro del complejo asistencial universitario de Burgos, del

que forman parte el Nuevo Hospital Universitario, el Hospital Militar, el Hospital Yagüe y el ya citado Hospital Divino Valles. La explotación del servicio de hostelería corre a cargo de la empresa Catering del Mediterraneo, y la nueva empresa que asume el citado servicio para el conjunto del complejo asistencial es la mercantil Serunion. Por aplicación de la doctrina fijada por el TJUE ( véase la STJUE de 7 de diciembre de 2011 sobre la figura conocida como “sucesión de plantilla”), la nueva adjudicataria de la explotación del servicio debe absorber a todo el personal de las plantillas actuales entre las que se encuentra el personal que prestaba sus servicios en el Hospital Divino Valles.

## II.- CONTRATO DE SERVICIOS Y CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.

**1.- INFORME 2/2014, DE 22 DE ENERO DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ASISTENCIALES SANITARIOS Y SOCIALES. EL RIESGO ASUMIDO POR EL CONTRATISTA COMO ELEMENTO CLAVE PARA LA CALIFICACIÓN DE UN CONTRATO COMO GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. POSIBILIDAD DE INCORPORAR CLÁUSULAS PROPIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO A LOS PLIEGOS QUE HAN DE REGIR LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO DE SERVICIOS.**

Dos son las preguntas que se le plantean a la Junta Consultiva de Aragón, si bien ambas giran en torno a un mismo asunto, la distinción entre contrato de servicios y contrato de gestión de servicios públicos.

En la primera de ellas se plantea si se puede adjudicar como contrato de gestión de servicio público aquellos contratos en los que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación de un centro sanitario, así como la responsabilidad frente al usuario por la incorrecta ejecución del servicio y la contraprestación consisten en un precio a tanto alzado que no varía con el número efectivo de usuarios del centro.

En la segunda, si se puede calificar como contrato de gestión de servicio público aquéllos en los que la contraprestación se establece en una cantidad por

usuario del servicio y período de uso, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud.

La respuesta a ambas interrogantes exige conocer cuál es la principal distinción entre contrato de servicios y contrato de gestión de servicios públicos, así como la repercusión que dicha distinción comporta desde el punto de vista de la legislación de contratación pública.

El elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público estriba en conocer si la entidad adjudicataria ha transferido o no al prestador de servicios la responsabilidad por su explotación. Es decir, no debemos estar a quién es el destinatario del servicio, o incluso a la forma de remuneración por la prestación del mismo, sino que lo relevante es conocer si existe “riesgo de explotación”.

De concurrir este requisito estaremos ante un contrato de gestión de servicio público. Por ejemplo, no podemos calificar como contrato de gestión de servicio público la contratación del servicio público de transporte urbano si en el contrato se estableciese que la entidad adjudicataria asume la obligación de compensar al prestador del servicio por las pérdidas derivadas de la explotación y gastos conexos.

Por otra parte conviene tener presente que estos “riesgos de explotación” no hay que confundirlos con el genérico “riesgo y ventura”, principio inherente a cualquier contrato público de acuerdo con lo previsto en el art. 215 del TRLCSP.

La distinción entre ambas figuras contractuales no puede ser pasada por alto ya que tiene importantes repercusiones desde el punto de vista práctico, a saber:

1. Consideración o no como contrato sujeto a regulación armonizada.
2. Régimen de recursos.
3. Distintos plazos máximos de duración.

A la vista de estas consideraciones, la Junta considera respecto a la primera pregunta, que la respuesta debe ser necesariamente negativa ya que no existiría asunción de riesgo alguno por parte del empresario más allá del inherente al principio clásico de “riesgo y ventura”.

En cuanto a la segunda de las consultas formuladas, estaremos ante un contrato de gestión de servicio público siempre que se produzca transferencia de la

totalidad o una parte significativa del riesgo, aunque éste sea muy limitado por la configuración jurídica del servicio.

**2.- INFORME 9/2014 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. ASUNTO: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y DE LA EXIGENCIA DE CLASIFICACIÓN EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS. CLASIFICACIÓN EXIGIBLE EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS RELATIVOS A DETERMINADAS PRESTACIONES SANITARIAS.**

Los cambios introducidos por la LCSP en la calificación de los contratos de servicios, y las posteriores modificaciones legales en relación con la solvencia y clasificación- la más reciente la llevada a cabo por la Ley 25/2013- no se han visto complementadas por el correspondiente desarrollo reglamentario. Esta falta de acompañamiento normativo, pone de manifiesto la inadecuada aplicación de la clasificación en el subgrupo N1 del RGLCAP respecto a contratos como los relativos a la diálisis peritoneal domiciliaria, hemodiálisis domiciliaria, diálisis hospitalaria y procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles.

La definición de actividades integradas en el subgrupo antes indicado resulta excesivamente amplia y carece de precisión suficiente como para entender que una empresa clasificada en el mismo tiene la solvencia técnica suficiente para llevar a cabo contratos tan complejos como los citados.

**COLEGIOS Y PROFESIONES SANITARIAS**

**1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CLM 74/2014, DE 13 DE MARZO DE 2014. FUNCIONES DE LOS TÉCNICOS SUPERIORES DE LABORATORIO Y ATS/DUE.**

Se interpone por los interesados recurso contencioso-administrativo en relación con el silencio administrativo producido respecto del recurso indebidamente calificado como de alzada contra la desestimación presunta de la solicitud por la que los peticionarios solicitaban que los puestos de trabajo de personal sanitario no facultativo del Laboratorio-Banco de

sangre, sean cubiertos por Técnicos Superiores de Laboratorio, y no por ATS/DUE.

Lamentablemente, lo primero que hay que poner de manifiesto una vez más es el incumplimiento por parte de la Administración (GAI de Guadalajara) del deber legal de dictar y notificar resolución expresa debidamente motivada en Derecho.

Semejante actuación administrativa- en este caso por omisión- no pasa desapercibida al TSJ, que en su FJ Segundo afirma:

*“La Dirección Gerencia no consideró que los interesados merecieran respuesta de ninguna clase. Los afectados presentaron lo que llamaron un recurso de alzada, y que en realidad lo era de reposición, contra el silencio, y la Dirección Gerencia entendió que dicho escrito merecía también la llamada por respuesta”.*

Muy contundente se muestra también la Sala a la hora de juzgar a las excepciones de inadmisión planteadas por la representación letrada de la Administración, en concreto la invocación de una supuesta falta tanto de jurisdicción, como de legitimación. Según refiere la Sentencia *“...el alegato sólo puede calificarse de extravagante, pues una cosa es que la Administración posea facultades discrecionales y otra que su ejercicio no pueda ser sujeto a revisión jurisdiccional de legalidad”.*

Respecto al fondo del asunto, los recurrentes, todos ellos técnicos de laboratorio, solicitan que los puestos de trabajo de personal sanitario no facultativo en el Laboratorio, dejen de ser ejercidos por otros titulados (ATS/DUE).

Frente a esta pretensión, opone la Administración que no se impugnó en su momento las relaciones de puestos de trabajo o plantillas, lo que impide que pueda prosperar la acción ahora ejercida. Sin embargo la Sala considera que la impugnación del acto que denegó la petición de los actores (en este caso, acto presunto desestimatorio) sí abre la vía de la impugnación judicial indirecta de la relación de puestos de trabajo o plantilla, ya que a estos efectos, estos instrumentos de ordenación de personal tienen la naturaleza de “disposición general”.

Las funciones de los Técnicos Superiores de Laboratorio se encuentran recogidas en los art. 3 y 4 de la Orden de 14 de junio de 1984, y la DA de la citada disposición reglamentaria, ya establecía que *“A partir de la*

*entrada en vigor de la presente Orden será requisito imprescindible para acceder a las vacantes y nuevas plazas que supongan el ejercicio de las funciones y actividades reguladas en el artículo cuarto, el estar en posesión del título de Formación Profesional de Segundo Grado, Rama Sanitaria, en la especialidad que a cada caso corresponda”, o bien se trate de ATS/DUE que esté en posesión de la especialidad de análisis clínicos (SSTS de 27 de abril de 1988 y 26 de enero de 1994).*

Pues bien, a tenor de los hechos declarados probados, las enfermeras asumen funciones que efectivamente son propias de los TSL, pues en el Servicio sólo hay un TSL, proporción inferior a la que sería precisa”. Como ya dijera el TSJ de Galicia en un caso muy similar al actual, *“lo que le está vedado al TSL es la realización de lo que podemos denominar acto sanitario. Ahora bien, distinguiendo entre actividad principal y de colaboración, corresponde a los TEL funciones de colaboración con los DUE sin que puedan asumir la verificación de técnicas invasivas que impliquen actuación directa sobre la persona física del paciente”*.

Por todo lo anterior, la Sala considera que la Administración debe proceder a reorganizar la asignación de competencias profesionales, de manera que, previo un estudio riguroso y concreto de las funciones propias de ATS/DUE no especializado, por un lado, y de las TAL o ATS/DUE especialista, por otro, determine la necesidad real de estos últimos titulados, y proceda si fuera necesario a la modificación de las plantillas.

## **2.- SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 15 DE BARCELONA, Nº 233/2013, DE 12 DE SEPTIEMBRE. LA AUTONOMÍA CIENTÍFICA Y TÉCNICA FRENTE AL PRINCIPIO DE JERARQUÍA.**

La autonomía científica y técnica del profesional sanitario frente al principio de jerarquía y a lo dispuesto en los protocolos del servicio médico. La recurrente es una FEA en hematología a la que se le ha impuesto una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo de 2 años por la comisión de una falta muy grave por incumplimiento notorio y reiterado de las funciones asistenciales que le había comunicado por escrito la Directora Clínica del laboratorio del Hospital. La recurrente se negó a realizar tales funciones por razones técnicas, negándose a prescribir

tratamientos de riesgo a los pacientes anticoagulados si antes no se cumplía el requisito del cálculo del NMPT para obtener el correspondiente INR. A colación de lo anterior la interesada defendía la mayor fiabilidad de la punción venosa ante resultados diferentes en un mismo acto asistencial en lugar de las pruebas analíticas realizadas por punción digital.

En este caso no se discute la existencia de un incumplimiento de las funciones y las órdenes impartidas por los superiores, sino si se ha infringido o no el principio de proporcionalidad ya que no queda acreditada la mala fe o temeridad en la actuación de la facultativa, sin que tampoco conste dejación manifiesta de sus otras tareas asistenciales.

Por otra parte, las instrucciones/órdenes discutidas que le fueron impartidas no son manifiestamente ilegales, sino que se acomodan a la forma habitual de actuación de todos los centros de la red hospitalaria de Cataluña y a los protocolos internos del hospital.

La cuestión por tanto estriba en si resulta o no correcta la calificación jurídica de los hechos, y si esta discrepancia médica constituye un incumplimiento reiterado y notorio de las órdenes que le fueron impartidas.

El juzgador no aprecia en este caso la concurrencia de ambas notas:

### a) Reiteración.

No se trata de requerimientos específicos diferentes, sino de un mismo contenido de requerimiento que se sucede a lo largo del tiempo. La negativa lo es tan solo al cumplimiento de unas concretas funciones y sin que se trate de una negativa injustificada o caprichosa.

No hay reincidencia, sino reiteración continuada de una misma negativa

### b) Notoriedad.

No estamos ante un incumplimiento notorio de funciones en el sentido de dejación íntegra de sus funciones puesto que sí ha realizado otras funciones tales como la elaboración de informes.

A todo ello habría que añadir que la naturaleza perjuicios ocasionados al servicio de hematología, no justifican la imposición de una sanción por una infracción muy grave, ya que no ha habido perjuicios para pacientes sino una alteración en el normal funcionamiento del servicio (sobrecarga de trabajo para los compañeros).

En este caso en concreto queda acreditado que las tesis defendidas por la recurrente habían quedado algo desfasadas (el juzgador en este sentido apela al deber de superación en la profesionalidad), pero ¿qué hubiese sucedido si las técnicas empleadas fuesen simplemente distintas a las establecidas en protocolo, pero ajustadas a *lex artis*?

### **RESPONSABILIDAD SANITARIA**

#### **1.- STSJ DE GALICIA, DE 21 DE MAYO DE 2014, Nº 341/2014. OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.**

Camarera que con ocasión del desempeño de su puesto de trabajo sufre un luxación de hombro. Traslada al centro sanitario de la MATEP es sometida a una intervención quirúrgica, y como consecuencia de la misma diagnosticada finalmente de capsulitis adhesiva con limitación de movilidad.

Figuran en blanco en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente los apartados correspondientes a “*complicaciones*”, “*alternativas*” y “*riesgos profesionalizados*”.

Como señala la Sentencia “*en absoluto convalida tales deficiencias, la suscripción de dicho documento por la actora ya que ninguna valía puede otorgarse a la firma de un documento en blanco. La versión dada de que la información fue verbal, hubiese requerido, para tenerla por acreditada, de una actividad probatoria de descargo por parte de la Mutua...*”

En cuanto a la alegación consistente en que la intervención era absolutamente necesaria dadas las condiciones en que se encontraba y las continuas subluxaciones que padecía la actora, atendido además el fracaso de los tratamientos conservadoras, para de este modo justificar el carácter irrelevante del consentimiento informado, añade:

*“no enerva la obligación de prestar la información precisa, detallada, concisa y exhaustiva a la que venía obligado el cirujano, pues con tener aquél carácter, ni la no intervención suponía un riesgo para la salud pública, ni la recurrente estaba incapacitada para tomar decisiones, ni mediaba incapacidad impeditiva de demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.*

#### **2.- SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA DE 19 DE FEBRERO DE 2014, Nº 144/2014. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y MEDICAMENTO DE USO HOSPITALARIO.**

Paciente que ha estado sometido a tratamiento farmacológico con Infiximab y al que le ha sido diagnosticado un linfoma de Hodgkin, que considera producido por el tratamiento con el citado medicamento.

El recurrente alega que nunca tuvo acceso al prospecto del medicamento ya que había sido dispensado hospitalariamente, y sin que ninguno de los médicos le advirtiese de las posibles consecuencias adversas.

A tenor de lo informes periciales no queda acreditado que el linfoma, único efecto secundario alegado por la paciente, fuera conocido como uno de los posibles resultados adversos asociados a la medicación. Sin embargo lo que sí queda constatado es que la Administración no facilitó al paciente una información equivalente a la de un prospecto farmacéutico. Como afirma la Sala “un medicamento dispensado hospitalariamente no excluye por este solo hecho la autonomía del paciente de manera que éste pueda valorar si le conviene o no el procedimiento terapéutico propuesto, de tal forma que ha de articularse un mecanismo que permita y acredita facilitar información.”

#### **3.- STSJ DEL PAÍS VASCO Nº 388 DE 23 DE JUNIO. CONDENA POR DAÑO MORAL Y EMPLEO DE FORMULARIO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DE OTRA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA.**

Paciente que se somete a intervención programada para la reconstrucción de su tránsito digestivo. Se decide optar por la esofagocoloplastia, si bien el documento de consentimiento informado que se ofrece al paciente para su firma en realidad es el documento de consentimiento informado previsto para otro procedimiento totalmente distinto al que se les iba a someter. En concreto, el consentimiento informado que consta en la historia clínica firmado por el paciente se corresponde con la intervención para el cierre de ano artificial, una intervención con unas tasas de mortalidad y complicaciones que está en torno al 0,2 - 0,8%, en tanto que para la esofagocoloplastia son del 9% al 18%, es decir mucho más elevados.

La intervención quirúrgica se realizó conforme a la *lex artis*, si bien poco tiempo después el paciente falleció. La explicación dada por la Administración

consistía básicamente en que no había un documento específico para la coloplastia de esófago, al no ser ésta una cirugía habitual, y que el paciente sí fue informado verbalmente de los elevados riesgos de la intervención.

La Sentencia condena a la Administración por daño moral originado por la privación de la posibilidad de conocer los riesgos de implicaciones reales de la intervención.

## **FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 211/2014, DE 18 DE DICIEMBRE CONSTITUCIONALIDAD DEL CATÁLOGO GALLEGO DE MEDICAMENTOS.**

Quienes hayan leído el recurso de inconstitucionalidad de la Abogacía del Estado así como el Dictamen del Consejo de Estado de 3 de febrero de 2011, probablemente puedan quedar decepcionados con la pobre fundamentación jurídica de esta Sentencia -excepción hecha del muy crítico y acertado voto particular-.

La Sentencia dice pronunciarse sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010 de 22 de diciembre sobre racionalización del diciembre sobre la prestación farmacéutica. Recordemos que la Ley gallega 12/2010, establecía que la Comunidad sólo financiará, de entre todos los medicamentos que por decisión del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad deben financiarse con cargo a fondos públicos, aquellos que tengan menor precio y se incluyan en el catálogo priorizado, limitando de esa forma el alcance de una decisión estatal que queda restringida al conjunto de medicamentos más económicos seleccionados por la Comunidad Autónoma.

Como ya pusieran de manifiesto tanto la Abogacía del Estado y el Consejo de Estado, esta controvertida medida:

- a) Incide directamente en la libertad de prescripción del médico ya que le impide prescribir el medicamento incluido en el Nomenclátor, aún cuando lo haya considerado imprescindible para el tratamiento.
- b) Comporta la ruptura de la exigencia constitucional de que el acceso a las prestaciones farma-

céuticas se produzca en condiciones de igualdad en todo el territorio del Estado, habida cuenta de que el catálogo excluye muchos de los medicamentos incluidos en el catálogo estatal.

Como dice el Abogado del Estado en su recurso *“Los pacientes gallegos resultan de este modo discriminados respecto a los del resto de Comunidades Autónomas, para ellos se excluyen de la prestación farmacéutica medicamentos que cumplen todos los requisitos legales para recibir financiación pública, y que están financiados en el resto de España”*.

- c) Infringe la normativa estatal sobre financiación pública de medicamentos.

Pues bien, ninguna de estas cuestiones se abordan directamente en la Sentencia objeto de comentario que desestima el recurso de inconstitucionalidad partiendo de un pobre razonamiento sobre el esquema constitucional de distribución de competencias en materia sanitaria, y su posible vulneración por la ley gallega. El principal arsenal argumentativo empleado por el TC consiste en entender que no se ha producido vulneración de la legislación básica estatal porque, tras las últimas modificaciones legales que se han operado en el ámbito en la legislación farmacéutica, hemos asistido a una convergencia entre ambos modelos –el gallego y el estatal- de modo que el resultado final que se puede obtener aplicando la legislación estatal actual sería prácticamente el mismo que de aplicar la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona. En este sentido el fundamento jurídico sexto de la Sentencia que es donde realmente se condensa el grueso de los razonamientos jurídicos- establece:

*“Las reformas que han tenido lugar en los últimos años en materia de prescripción y dispensación de productos farmacéuticos han acercado al sistema estatal el sistema previsto en la ley gallega de tal manera que en la actualidad ni el sistema gallego ni el sistema nacional garantizan que todos los medicamentos que están incluidos en el Nomenclátor oficial van a ser financiados por el Sistema Nacional de Salud, sino sólo los de menor precio dentro del principio activo correspondiente. En el modelo estatal lo que el médico identifica en su receta es el principio activo y el farmacéutico debe dispensar el medicamento de menor precio correspondiente a dicho principio. En el modelo gallego por su parte el médico también identifica el principio activo pero el margen de actuación del farmacéutico es menor pues la*



*selección del principio activo de menor precio, respecto de una serie de principios activos, ya se ha hecho en el catálogo priorizado de productos farmacéuticos, al que se habrá ajustado el médico en su receta, debiendo limitarse a dispensar el medicamento prescrito.”*

Este planteamiento no permite entrar a conocer la verdadera cuestión de fondo que motiva la interposición del recurso de inconstitucionalidad, a saber, determinar si la legislación gallega ha vulnerado la legislación básica estatal al reducir el ámbito objetivo de la prestación farmacéutica; valorar si la CA de Galicia, al reducir el número de medicamentos potencialmente prescribibles por el facultativo, estaría reduciendo el ámbito objetivo de la prestación integrado por todos los medicamentos sometidos a un régimen de financiación pública e incluidos en el denominado nomenclátor aprobado por el Estado.

Por el contrario el voto particular formulado por el magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez, y al que se adhiere el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re, sí centra correctamente los términos del debate al afirmar que *“Lo que se trataba dilucidar es si Galicia tiene competencia para hacer lo que hace o si al aprobar el catálogo ha perturbado o menoscabado las competencias estatales”*. El voto particular critica con contundencia el poco rigor jurídico de la Sentencia al denunciar que:

1. No hay un adecuado planteamiento del problema de constitucionalidad.
2. No se afirma con claridad cuales son las normas estatales de contraste.
3. No se comprueba la existencia o no de contradicción efectiva entre las normas estatales y la ley gallega.

El magistrado discrepante llega incluso a señalar que la se incurre en errores cuando se analiza el sistema estatal para la prescripción y dispensación de medicamentos en comparación con el sistema adoptado por la ley gallega:

*“Así, en el sistema estatal la regla no es como erróneamente afirmara sentencia la prescripción por principio activo pues ésta solamente es obligada en determinados casos (...) Por el contrario en el caso de la ley 12/2010 los médicos están en todo caso obligados a respetar el catálogo, formado por los principios activos con sus res-*

*pectivas presentaciones, con lo que la prescripción por principio activo es la regla en cuanto se va a producir en todos los casos en los que el principio activo esté en el catálogo. Con eso se pone de manifiesto que la norma gallega cambia la filosofía del sistema estatal en el que la prescripción por principio activo depende de la patología del paciente, y la sustituye por otro criterio meramente económico en el que la prescripción por principio activo depende de la inclusión en el catálogo de dicho principio”.*

En definitiva estamos ante una Sentencia que rehúye el verdadero debate, determinar si una Comunidad Autónoma tiene o no competencia para reducir el contenido de una prestación sanitaria como es la prestación farmacéutica, y si con la adopción de semejante medida se compromete o no el derecho de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud de acceder a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva.

Aunque nada diga la STC sobre este respecto, resulta evidente que en nuestro Ordenamiento las Comunidades Autónomas están facultadas para añadir nuevas prestaciones con cargo a sus presupuestos, pero no pueden excluir ninguna de las previstas en el catálogo general. Las Comunidades Autónomas no pueden regular a la baja el nivel de prestaciones garantizado para todo el Sistema y tampoco pueden rebajarlo de facto.

Como se encarga de precisar el Consejo de Estado en su dictamen nº 35/2011 *“no hay duda de que corresponde al Estado el establecimiento de la regulación básica en materia de prestación sanitaria y su financiación pública a través de la creación de un catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que se hace efectivo mediante el establecimiento de la correspondiente cartera de servicios básicos y comunes”*.

#### **STSJ DE ANDALUCÍA DE 17 DE MARZO DE 2014, Nº 737/2014. INCLUSIÓN DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMIENTOS EXTRAHOSPITALARIOS EN SERVICIOS DE FARMACIA HOSPITALARIA.**

Es objeto de impugnación la resolución por la que se inadmite el recurso de alzada interpuesto por la Confederación empresarial de oficinas de farmacia de Andalucía contra la Resolución del Gerente del SAS por la que se acuerda incluir determinados

medicamentos para tratamientos extrahospitalarios en la dispensación de los servicios de farmacia hospitalaria por requerir una particular vigilancia, supervisión y control.

En primer término, la Sala confirma los argumentos empleados por la parte recurrente a los efectos de establecer la verdadera naturaleza jurídica de la Resolución objeto de impugnación.

Mientras que el SAS considera que se trata de una instrucción interna, la Confederación, y el propio TSJ entienden que dicha resolución tiene valor normativo que posibilita su impugnación, pues no tiene como únicos destinatarios a órganos jerárquicamente dependientes de quién lo dicta:

1. Afecta a los propios pacientes
2. Determina y minora el elenco de medicamentos que pueden dispensar las oficinas de farmacia, por lo que se verían afectados sus titulares.
3. Incorpora una selección de medicamentos y juzga sobre la necesidad de su particular vigilancia, supervisión y control.

Por lo que respecta a la cuestión de fondo, determinar la competencia de la Comunidad Autónoma para la adopción de este tipo de decisiones, la Sala interpreta que esta medida:

1. Resulta contraria al ordenamiento constitucional. Se vulnera el art. 149.1.16 de la CE. Esta medida no se refiere a aspectos relacionados con las prestaciones farmacéuticas o su sistema de financiación (la STC 98/2004 defendió la constitucionalidad de la regulación canaria de los “precios de referencia en especialidades farmacéuticas), sino al núcleo de la legislación estatal sobre medicamentos.
2. La legislación estatal es clara al reservar al Estado (Agencia Española de Medicamentos y Ministerio de Sanidad) competencias para regular el establecimiento de reservas singulares. Únicamente el Estado puede limitar la dispensación de determinados medicamentos a las farmacias de los hospitales (art. 2.6 y 82.2.a) de la LGURM así como el art. 24.3.a) del RD 1345/2007).

## **RESOLUCIÓN DEL TARC DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, Nº 124/2014, DE 19 DE MAYO DE 2014. LGURM Y CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE DISTRIBUCIÓN Y ENTREGA DE MEDICAMENTOS HOSPITALARIOS.**

Es objeto de impugnación el criterio de adjudicación consistente en la presentación de un proyecto para llevar a cabo la distribución logística del objeto del contrato a los distintos almacenes de consumo de centros hospitalarios, así como la dotación de medios humanos y técnicos para la realización de estas tareas.

Asimismo se incluye como criterio de adjudicación en cuanto a la distribución y entrega en los centros y almacenes de consumo de los Hospitales de la provincia de Córdoba, la presentación de un proyecto de actuación logística conforme al cual serán por cuenta del adjudicatario los gastos derivados de la aplicación de los criterios de logística, distribución y entrega de los productos de dichos centros.

A juicio de la Asociación recurrente, no es lícito imponer al adjudicatario la obligación de entrega del medicamento en una multitud de unidades médicas ya que la entrega física de medicamentos en aquéllos lugares- que son dependencias distintas del servicio de farmacia- es una infracción administrativa grave tipificada en la LGURM, y que la labor de dispensación de los medicamentos corresponde en exclusiva a los servicios de farmacia.

La Resolución del TARC de Andalucía considera que según los PPT la distribución de los medicamentos en los almacenes de consumo de los centros sanitarios solo significa que la empresa adjudicataria debe entregar los mismos en dichos lugares, es decir la distribución logística en los almacenes no sería más que la materialización de la obligación prevista en el art. 292.1 del TRCSP.

Por tanto la distribución del medicamento entendida como entrega física y recepción del mismo en el almacén, es un paso previo y totalmente distinto a la dispensación que, en el ámbito sanitario corresponde exclusivamente al servicio de farmacia.

Por otra parte la LGURM no obliga a efectuar físicamente la entrega de los medicamentos en el servicio de farmacia, como tampoco exige que la entrega de los medicamentos en almacenes de consumo o unidades clínicas en planta de hospitalización, exija la actuación personal del farmacéutico responsable.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE 13 DE MARZO DE 2014, Nº C-512/2012. PLASMA DE SANGRE Y MEDICAMENTO.**

Se cuestiona si el plasma procedente de sangre completa destinado a transfusiones y en cuya elaboración interviene un proceso industrial debe ser considerado como un medicamento derivado de la sangre comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/83, o bien como un producto sanguíneo lábil regulado por la Directiva 2002/98.

Según la sentencia, el plasma elaborado industrialmente se rige por la Directiva 2002/98 únicamente en lo que se refiere a su extracción y verificación, pues la Directiva 2001/83, en su versión modificada por la Directiva 2004/27, es aplicable en lo que se refiere a su transformación, conservación y distribución.

**INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES**

**SENTENCIA DEL TSJ DE CATALUÑA, 172/2014, DE 25 DE FEBRERO. CANCELACIÓN DATOS PSIQUIÁTRICOS**

Es objeto de impugnación la resolución de la Agencia de Protección de Datos de Cataluña que desestima la reclamación interpuesta por el interesado de que se proceda a la cancelación en su historia clínica del dato relativo al tratamiento psiquiátrico y psicológico que le fue prescrito en el año 1986.

La sentencia de instancia dio la razón al paciente y le reconoció el derecho al percibo de una indemnización de 600 euros por daños morales. La sentencia de instancia diferencia entre:

1. La procedencia de incluir en la HC este tipo de información. La inclusión en la HC de manifestaciones realizadas por el paciente sobre su vida y universo sexual no se pueden considerar como gratuitas o caprichosas, ya que guardaban relación directa con su patología.
2. Derecho del actor a la destrucción de estos datos.

El juzgador entiende que habida cuenta del excesivo tiempo transcurrido entre la recopilación de los datos y la solicitud de cancelación (20 años, cuatro veces superior al plazo de cinco años fijado en la Ley

41/2002) sin que el recurrente haya manifestado la más mínima patología, justificarían la estimación de la pretensión del paciente.

La Administración sanitaria recurrió la sentencia invocando:

1. La amplitud del concepto “*dato de salud*”, y la improcedencia de “*trocear*” la historia clínica.
2. Que le fue ofrecido al recurrente la posibilidad de bloquear esos datos de la HC facilitándole un código para que pudiera liberarlo cuando lo considerase oportuno.
3. No ha demostrado que durante todo ese lapso de tiempo el paciente no haya precisado de asistencia psiquiátrica.

Respecto de esta última alegación, la Sala entiende que se trataría de una prueba diabólica, y además es que el informe aportado por la Administración Sanitaria no razona con un mínimo de detalle la necesidad de conservar esa parte de la HC, frente al informe pericial aportado en el proceso judicial en el que se verifica que el recurrente está psicológicamente sano.

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 5 DE MAYO DE 2014. SUSTITUCIÓN DE TRATAMIENTOS DE MARCA COMERCIAL POR DENOMINACIÓN POR PRINCIPIO ACTIVO.**

Es objeto de impugnación por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, la resolución de la Agencia Española de Protección de datos que acuerda no incoar actuaciones inspectoras contra la Administración.

La Resolución impugnada tiene su origen en la información transmitida tanto por el Servicio de Salud del País Vasco como por el Servicio de Salud de Cantabria. El primero de ellos, mediante un boletín informativo, daba a conocer la medida consistente en sustituir los tratamientos de marca comercial por denominación por principio activo a todos los pacientes que tengan en su prescripción los siguientes principios activos...” mientras que el Servicio Cántabro de Salud mediante escrito interno se dirigió a todos los profesionales en los mismos términos de sustitución automática de la prescripción con el objetivo de racionalizar el consumo farmacéutico a través de la herramienta informática.

Es decir, los Servicios Públicos de Salud han creado unas herramientas informáticas cuya finalidad es sustituir los tratamientos de marca comercial por denominación por principio activo.

El recurrente considera que se ha producido un acceso ilegítimo a las historias clínicas “pues no otro significado tiene el hecho de que se cambien los tratamientos prescritos por el médico”, dado que el tratamiento de datos solo puede realizarlo el personal sanitario, en concreto el médico responsable, mientras que en este caso se alteran los datos por quién no está autorizado al tratarse de una máquina.

En el caso cántabro no se aprecia la existencia de infracción alguna ya que el facultativo tiene la posibilidad de aceptar o rechazar la propuesta, es decir, se necesita el consentimiento del médico, mientras que en el caso vasco se modifica automáticamente la prescripción de los medicamentos recetados, y por tanto sí podría implicar un acceso a tales historiales y una modificación de los datos de salud.

## **RECURSOS HUMANOS**

### **LA JUBILACIÓN Y LA PROLONGACIÓN EN LA SITUACIÓN DE SERVICIO ACTIVO. LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS. STC DE 23 DE ABRIL DE 2013, Nº 6611/2012.**

El TSJ de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, por no respetar la exigencia recogida en la legislación básica estatal en el sentido de que las resoluciones de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de los servicios de salud, se adopten en el marco previamente definido por los planes de ordenación de recursos humanos.

Dicha disposición contempla la posibilidad respecto de las prolongaciones en la situación de servicio activo del personal estatutario con 65 años cumplidos ya autorizadas, que con carácter excepcional se puedan mantener por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos.

El TC, a la vista de la redacción del art. 26.2 del Estatuto Marco, considera 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, “sin que, por lo demás, pueda sostenerse que las decisiones en torno a la planificación y organización de los recursos humanos no hayan de tener necesariamente en cuenta, entre otros factores, las disponibilidades presupuestarias (...) es decir, dicho artículo 26.2 del EM establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse, pero es no significa que ese sea el único criterio y excluyente, ni que el mismo no pueda ser modulado por el legislador autonómico competente por razón de la materia”.

Eso fue lo que decidió el legislador autonómico en la disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012, y lo mismo cabe decir respecto de las causas derivadas de la planificación y racionalización de recursos humanos a la que se refiere la controvertida disposición transitoria objeto de impugnación:

*“Lo contrario, es decir, una interpretación de la base estatal en el sentido de que sus mandatos, en tanto que dirigidos a la correspondiente administración sanitaria, solamente por ella pueden ser llevados a la práctica significa desconocer las competencias estatutariamente reconocidas, así como impedir al legislador autonómico realizar valoración alguna respecto a las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa en el ámbito sanitario...”*

### **SENTENCIA 317/2013 DEL TSJ DE CLM, DE 26 DE DICIEMBRE DE 2013. ANULACIÓN PROCESO SELECTIVO POR INEXISTENCIA DE CATEGORÍA PROFESIONAL DE INGENIERO TÉCNICO.**

La Sala anula la base 2.1 apartado b) de la Resolución de del Gerente del Sescam de 13 de julio de 2009, por la que se convocó proceso selectivo para el ingreso, por el sistema de acceso libre, en la categoría de Ingeniero Técnico de las IISS del Sescam. El problema que se plantea es si existe la categoría de “Ingeniero Técnico”, cuestión ésta a la que responde de forma afirmativa la Dirección General de Recursos Humanos del citado organismo autónomo.

Por el contrario, la respuesta de la Sala, como ya era de esperar, es negativa. La única categoría profesional para ingenieros en el ámbito del personal

estatutario es la categoría de Ingenieros Técnicos Industriales conforme a lo previsto en la Orden de 5 de julio de 1971, en vigor de forma transitoria en virtud de la DT 6ª del EM. Como recoge la Sentencia:

*“Sin una regulación previa no es posible convocar a cobertura una categoría, y en el Sescam no se ha regulado una categoría diferente a la de Ingeniero Técnico Industrial del Estatuto de 1971”.*

La Resolución que convocó el polémico proceso selectivo, establecía entre los requisitos de acceso, que podrían participar quienes estuviesen en posesión de la titulación de ingeniero técnico, sin precisar.

Pues bien, una vez más, como ya sucediera con el derogado Decreto 9/2005 por el que se crean las categorías de Técnicos Superiores de Sistemas y Tecnologías de la Información, han tenido que ser los Colegios Profesionales quienes enmienden la plana a la Administración Sanitaria. En efecto, en este otro caso ha sido el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Ciudad Real, quién recurrió la citada Resolución. El argumento empleado por la Administración siguiendo las indicaciones de la DG de RRHH no tiene ninguna consistencia, y así lo pone de manifiesto la Sala al afirmar que:

*“Es inadmisibile el argumento del Sescam de que el Estatuto de 1971 quedó derogado por la simple Oferta de Empleo Público, que tiene naturaleza de mero acto administrativo...”*

## 1. REINTEGRO DE GASTOS

### STSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 23 DE OCTUBRE DE 2013, Nº 752/2013. HORMONA DEL CRECIMIENTO

Demandante que acude al servicio público de salud con carcinoma hepático para lo que precisa un trasplante de hígado. Fue incluido en lista de espera hasta el año 2008, de la que es excluido por razones diversas (tamaño del tumor, edad...). A partir de ese momento inicia un peregrinaje de años para solicitar que sea incluido en lista de espera en otros centros públicos (hasta cuatro hospitales), tiempo durante el cual, a las iniciales razones médicas, se fueron sumando otras nuevas motivadas por la excesiva demora, que provocaron que fueran disminuyendo

sus posibilidades de ser incluido en una lista de trasplante.

Por este motivo, pocos meses después de ser incluido en lista de espera en un hospital público (año 2012) acude a un centro privado donde se efectúa con éxito el trasplante de hígado, solicitando de la Administración el reintegro de los gastos ocasionados.

La Sala interpreta que en este caso en concreto, sí concurren las causas previstas en el art. 4 del RD 1030/2006 para apreciar la existencia de un supuesto de reintegro de gastos:

1.- Se trataba de una situación de urgencia vital.

2.- No hubo utilización abusiva o desviada. Si queda acreditado la imposibilidad de utilizar los servicios públicos.

No fue el paciente quién decidió apartarse de la sanidad pública, sino que fue ésta la que excluyó al paciente de la lista de espera para trasplantes. Como dice la Sentencia *“la negativa del centro de referencia a realizar la operación equivalía a la imposibilidad de utilización de los medios públicos pues no es exigible al paciente que recorra, por propia iniciativa, otros hospitales públicos de la península a la búsqueda de uno que acepte practicar la operación.*

3.- No se trata de técnicas novedosas no dispensadas en la medicina nacional.

### SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE DICIEMBRE DE 2013, Nº REC 196/2008. REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS GENERADOS POR EL TABAQUISMO.

La Junta de Andalucía solicita que se declare su derecho a que se le reembolsen los gastos provenientes del coste sanitario generado como consecuencia de los ingresos hospitalarios requeridos por 135 pacientes, víctimas del tabaquismo en los hospitales de la red pública sanitaria, cuantificado en 1. 769.964 €.

La AN inadmite la pretensión del Servicio Andaluz de Salud por haber errado en la vía utilizada para lograr el reconocimiento de su pretensión: el art. 83 de la Ley General de Sanidad, cuando en realidad se trataría de una acción de responsabilidad patrimonial frente al Estado.

**STSJ DE CASTILLA Y LEÓN, DE 15 DE MAYO DE 2014, N° REC 303/2011. REEMBOLSO A MUTUALISTA DE MUFACE DE GASTOS HOSPITALARIOS EN LA SANIDAD PÚBLICA.**

Procede el reembolso de gastos a un paciente perteneciente a MUFACE y que había optado por recibir la asistencia sanitaria de la aseguradora ADESLAS, que tras sufrir un ictus fue trasladado a la unidad de ictus del Hospital de León, pese a que existían otros centros próximos concertados con la compañía aseguradora.

En este caso la Sala estima el recurso ya que resulta razonable la elección del Hospital en cuanto era el único en dicha ciudad que disponía de unidad de ictus, y además el demandante no se encontraba en condiciones de poder tomar decisiones, y por lo tanto la elección del centro hospitalario en que recibió la asistencia no fue debida a su voluntad caprichosa.

## 2. SALUD LABORAL

**STSJ DE C-LEÓN, SEDE VALLADOLID, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013, N° 1448/2013. RIESGOS DE ACCIDENTES BIOLÓGICOS.**

¿Podemos considerar los riesgos de accidentes biológicos como inherentes al ejercicio de la profesión sanitaria?

En el presente caso se trata de una ATS que desempeña su puesto de trabajo en el servicio de nefrología. Sufre un pinchazo accidental con una jeringuilla y como consecuencia de este accidente contrae el virus de la hepatitis C. En concreto, el accidente se produjo al encapuchar la jeringuilla, lo que constituye un comportamiento contrario al protocolo del centro pero que realizaban en cumplimiento de las órdenes impartidas por la dirección del centro para evitar pinchazos para terceros, como el caso del personal de limpieza.

El hospital contaba con un protocolo de enfermedades de transmisión sanguínea y un plan de gestión de residuos, pero los citados protocolos no habían sido nunca objeto de difusión entre el personal del hospital, y por tanto no cabe duda que la lesión es claramente antijurídica.

En este tipo de casos, y teniendo en cuenta que se pretende garantizar la completa indemnidad de la víctima y el resarcimiento integral de los daños,

procede la compatibilidad de indemnizaciones (Seguridad Social e indemnización por responsabilidad patrimonial), aunque como establece el TS “*sin hacer por ello abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías*”.

**STSJ DE GALICIA DE 10 DE JULIO DE 2013, N° 578/2013. MOBBING**

La cuestión suscitada a través de la vía procesal de tutela de los derechos fundamentales, consiste en si el proceder del jefe de servicio de anatomía patológica ha vulnerado los derechos de una de sus subordinadas a la integridad física y moral, así como a la dignidad en el trabajo (mobbing).

La demandante, FEA de anatomía patológica, se queja de disconfor ocular. Tras ser valorada por el servicio de oftalmología y por el servicio de salud laboral se aconseja el empleo de gafas estancas frente a los gases. La dolencia se agrava, y en el posterior informe de evaluación de salud laboral, se aconseja que no realice labores de tallado de muestras, o de ser imprescindible, que esta actividad se programe de la manera más espaciada posible y con tiempos de exposición lo más breves posibles.

Pese a ello, la demandante continuó realizando este tipo de trabajos por orden del jefe de servicio, lo que propició que desde RRHH se recordase al jefe de servicio que en el último informe elaborado por el servicio de salud laboral se dice expresamente que la recurrente debe evitar cualquier tarea de tallado.

La interesada presentó reclamación ante la Gerencia en la que solicita el cese inmediato de lo que considera una persecución por parte de su jefe de servicio. La Gerencia respondió excluyendo a la FEA de la programación de trabajo de la tarea de tallado.

La Sala analiza los rasgos característicos del “mobbing” en sus distintas modalidades, así como su distinción respecto de otras conductas que pueden ser simples desacuerdos, exigencias rigurosas de un determinado comportamiento laboral, y otros problemas derivados de inevitables discrepancias y confrontación de opiniones.

En este caso en concreto, queda acreditado que la asignación de tareas de tallado a la recurrente por parte del jefe de servicio, se hizo siempre conforme al criterio de adaptación del puesto de trabajo fijado por el Servicio de Salud laboral, sin que haya

quedado acreditado el elemento material y volitivo del mobbing, consistente en una conducta de persecución u hostigamiento sistemático y planificado, injustificado de un sujeto activo (compañero de trabajo, superior o subordinado) a un sujeto pasivo, en el marco de una relación laboral.

## **DOCUMENTOS DE INTERÉS**

### **1. GESTIÓN SANITARIA.**

#### **CONCLUSIONES DEL CONSEJO SOBRE LA CRISIS ECONÓMICA Y LA ATENCIÓN SANITARIA. 2014/C 217/02**

El Consejo de la Unión Europea realiza una serie de importantes consideraciones que dan pie a las posteriores recomendaciones que tienen como destinatarios tanto a la Comisión como a los Estados miembros de la UE.

Algunas de las afirmaciones que sirven como plataforma para la elaboración de las recomendaciones formuladas son:

1. Que la salud es un valor en sí mismo y una condición indispensable para el crecimiento económico; y que invertir en salud contribuye a la mejora de la UE, a la prosperidad económica y a la cohesión social.
2. Que los sistemas de salud suponen una importante contribución a la cohesión social, la justicia social y el crecimiento económico.
3. Que el acceso universal a la atención sanitaria es de máxima importancia a la hora de hacer frente a las desigualdades en lo relativo a la salud.
4. Que deben preservarse las inversiones en el fomento de la salud y la prevención de la enfermedad.
5. Que en la práctica muchas personas tienen problemas para acceder a los servicios de atención sanitaria cuando lo necesitan, y que la proporción de personas que denuncian necesidades de salud no atendidas debido al coste, a la distancia hasta el lugar de atención sanitaria, o a las listas de espera, ha aumentado en varios Estados miembros durante la crisis.

Por todo ello, el Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión a mejorar el acceso de la población a unos servicios de atención sanitaria de alta calidad, prestando especial atención a los grupos más vulnerables, y resolver los problemas para la consecución de un acceso universal y equitativo.

## **-SISTEMA NACIONAL DE SALUD-**

### **HEPATITIS C: PRESUPUESTOS SUFICIENTES Y PRECIOS RAZONABLES. FERNANDO LAMATA Y RAMÓN GÁLVEZ.**

Los autores denuncian a través de este artículo periodístico el elevado precio que tienen determinados medicamentos como el que ahora demandan los pacientes afectados por hepatitis C; precios desorbitados que comprometen la sostenibilidad financiera de los servicios públicos de salud, y la protección de los ciudadanos:

*“Según algunos expertos (Hill A et al. Clinical Infectious diseases 2014) el coste de producción para un tratamiento de 12 semanas con sofosbuvir es inferior a 110 euros. El precio de venta, superior a los 25.000 euros, resulta una cantidad extremadamente alta y desproporcionada. Así lo entendieron algunos gobiernos europeos que, respondiendo a la iniciativa del gobierno francés en junio 2014, plantearon que los precios de los fármacos deben tener en cuenta la sostenibilidad de los sistemas de salud para que los pacientes puedan acceder en condiciones de igualdad a los tratamientos innovadores. Y así lo ha entendido también la Southeastern Pennsylvania Transportation Authority (EEUU) cuando el 9 de diciembre presentó una demanda ante los Tribunales por el daño causado por los “precios exorbitantes” que ha tenido que pagar por Solvaldi para sus asegurados, dificultando el acceso al tratamiento”.*

¿Es ética la postura de la industria farmacéutica? ¿Verdaderamente son tan elevados los gastos en investigación como para justificar estos precios en el mercado? ¿Qué puede hacer la Unión Europea frente a la protección que brindan las patentes? ¿Son los genéricos la solución a este tipo de problemas? ¿Qué medicamentos se deberían financiar con cargo a las arcas públicas? ¿Qué criterios deberían regir la difícil decisión de financiar o no medicamentos de alto coste económico?

En definitiva, interrogantes todos ellos que ponen de manifiesto la dificultad de dar una respuesta satisfactoria a uno de los retos de la medicina actual: La distribución equitativa de recursos escasos.

## -BIOÉTICA-

### 1.- DOCUMENTO SOBRE BIOÉTICA Y DISCAPACIDAD. OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO. 2014.

El Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho ha analizado los problemas bioéticos específicos que afectan a las personas con discapacidad tomando como referentes dos documentos de vital importancia:

1. La Declaración Universal de Bioética sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del año 2005.
2. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El documento constata la importancia que reviste la consideración social de estas personas como parte de la ciudadanía y como sujetos con dignidad, autonomía y capacidad para tomar decisiones por su cuenta. En este sentido se han ido introduciendo modificaciones terminológicas para reflejar correctamente la realidad de estas personas, siendo uno de los términos que mejor acogida está teniendo el acuñado por el Foro de Vida Independiente, el concepto de “diversidad funcional”, y de este modo superar la denominación oficial de “discapacidad y personas con discapacidad”.

Asimismo el Grupo de Opinión subraya la importancia de favorecer y respetar el ejercicio de derechos por parte de las personas con diversidad funcional, que incluye el derecho a vivir de forma independiente y no institucionalizada, y a no ser excluido de la comunidad, así como el derecho a la sexualidad.

### 2.- GUÍA DE VOLUNTADES ANTICIPADAS PARA PACIENTES. UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED). 2014.

La guía Pretende informar al paciente De cuáles son sus derechos En relación con el documento de

voluntades anticipadas, Su contenido Y utilidad A través De 15 preguntas muy claras, si bien alguna de ellas no exenta de controversia.

### 3.- GUÍA DE VOLUNTADES ANTICIPADAS PARA PROFESIONALES SANITARIOS . UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED). 2014.

La guía emplea la misma metodología que la utilizada en la guía anterior, en este caso 14 preguntas sencillas sobre aspectos básicos en la utilización por parte de los profesionales sanitarios del documento de voluntades anticipadas.

La respuesta a la pregunta número 11, relativa a cuál debe ser la conducta del profesional cuando las instrucciones que otorga el paciente son contrarias a lo ya manifestado por escrito requiere diferenciar entre dos posibles situaciones:

- a) Si el paciente tiene capacidad suficiente para tomar decisiones.
- b) Si el paciente no cuenta con la capacidad suficiente para decidir, en cuyo caso la guía establece que las voluntades anticipadas han de ser tomadas como unas indicaciones orientativas de su voluntad previa.

Ahora bien, de actuar en el sentido que nos indica la guía objeto de comentario, ¿qué sentido tendría otorgar el documento de voluntades anticipadas? ¿No habría que respetar la voluntad expresada en un documento de voluntades anticipadas para los casos de demencia grave?.

Así mismo cabría destacar otras preguntas no exentas de polémica, como la nº 8 relativa a si puede el profesional sanitario ejercitar su derecho a la objeción de conciencia y negarse a ejecutar las instrucciones del paciente recogidas en el documento de voluntades anticipadas.

### 4.- “CONTRA LA EXCLUSIÓN SANITARIA, EN DEFENSA DE LA SANIDAD UNIVERSAL”. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SALUD PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

El documento elaborado por SESPAS denuncia el impacto negativo que ha tenido la reforma sanitaria aprobada por el RD- Ley 16/2012 en los colectivos



más desfavorecidos de nuestra sociedad, con el consiguiente incremento de las desigualdades en salud.

La adopción de medidas de exclusión sanitaria, lejos de reducir el gasto lo incrementan, debido a que se produce un desplazamiento de la atención médica a los servicios de urgencias, lo que genera retraso diagnóstico y agravamiento de las patologías.

