

# PRESENTACIÓN

El campo abierto a esta novísima publicación, "Derecho y Salud", que promueve la Asociación Juristas de la Salud, es ciertamente apasionante. Lo es por su intención de estudiar la incidencia jurídica de los problemas de la salud desde esa doble perspectiva de las técnicas médica y jurídica, o desde la Medicina y el Derecho. y lo es, sin duda, por la vocación y reconocido prestigio profesional de quienes impulsan este proyecto.

La Constitución española y el Estado social y democrático de Derecho han supuesto una orientación radicalmente diferente a las concepciones tradicionales sobre los derechos y libertades de los ciudadanos.

El reconocimiento de un derecho a la protección de la salud supone ya una ampliación de la perspectiva desde la tradicional actividad del Estado liberal, que se ocupaba apenas de la protección del orden y la salubridad públicas. La protección de la salud es una parte del concepto del bienestar, recogido por el Estado social hasta el punto de pasar a ser el adjetivo más característico de las sociedades occidentales tras la Segunda Guerra Mundial.

La idea de bienestar y el establecimiento de sistemas públicos de salud son manifestaciones de una ampliación del interés público que avanza en un triple sentido; cualitativamente, porque la preocupación por el medio ambiente y la protección de la salud indican una concepción mucho más compleja de las obligaciones estatales. En cuanto a los sujetos, aparecen también sujetos colectivos de esta protección, los consumidores, y un nuevo planteamiento, más comunitario, de la asistencia. En tercer lugar, se adelantan las barreras de la protección a la prevención de la enfermedad y la educación sanitaria.

El Estado social es un agente activo en este campo ya desde finales del siglo pasado. Pero es tras la Segunda Guerra Mundial, gracias a los planteamientos surgidos primero en Nueva Zelanda y luego con los informes Beveridge, en el Reino Unido. cuando se supera la concepción paternalista reflejada en el estado prusiano y se recoge una idea más comunitaria y solidaria. Los sistemas de protección pasan a ser universales y crece exponencialmente la aportación de recursos públicos.

Los problemas, hoy, en este campo del Derecho y la Salud son conocidos, porque los recursos públicos no pueden ser ilimitados. Pero se advierte también una nueva perspectiva de la tensión creciente en otra área tradi-

cional de delimitación entre Medicina y Derecho, o entre la Moral y el Derecho: el de la autonomía personal.

Otra consecuencia esencial del Estado social y democrático es el carácter absolutamente esencial, fundamental, de la libertad y la dignidad de la persona humana, lo que obliga a un planteamiento diferente de los límites entre estas y la intervención estatal.

La tradición paternalista tiene en este campo un doble origen, profesional y estatal. Ya los Tratados Hipocráticos. partían de una concepción del médico como servidor del arte de la Medicina, cuya misión es la de ayudar o, al menos, no causar daño al enfermo, al que no ha de mostrarse lo que va a pasar ni su estado actual. A su vez, el paternalismo estatal se extenderá a la intervención en las decisiones de las personas sobre su salud e integridad física.

La evolución en esta materia hacia una creciente relevancia de la voluntad individual ha sido lenta y difícil. Los problemas clásicos, que lo son de delimitación entre la Moral y el Derecho, han sido los de la relevancia del consentimiento del enfermo, la responsabilidad jurídica de los médicos, la interrupción del embarazo o el tratamiento de enfermedades terminales.

Pero no se trata ya sólo del reconocimiento progresivo de derechos aislados: de información, de consentimiento informado o de respeto. El punto de vista desde el que deben partir hoy estas concepciones es el de la primacía de los valores y derechos fundamentales: la dignidad, la libertad de la persona y la autonomía individual en la decisión del plan de vida personalísimo y libérrimo que a cada ser humano corresponde trazarse.

La tensión ya no versa, pues, sólo sobre los límites de los recursos públicos o acerca de los derechos prestacionales y los deberes hacia el Estado, sino también sobre el contenido real de la libertad, la dignidad y la autodeterminación individual.

Son muchas las razones por las que merece la bienvenida una publicación preocupada por todas estas cuestiones. La dio Enrique Ruiz Vadillo en la presentación del primer número, y quiero aportar mi estímulo, mi interés y mi simpatía en este segundo.

Juan Alberto Belloch Julbe  
Ministro de Justicia



# **Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria**

*Comentario a la Sentencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre 1993.*

*Dr. Manuel Serra Domínguez*

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona. Abogado.

## **1.- Planteamiento de la cuestión**

La atribución de las reclamaciones por indemnización de daños y perjuicios resultantes de una defectuosa asistencia médica distaba mucho de estar resuelta en nuestro derecho positivo y en nuestra jurisprudencia, hasta el punto de producirse en la práctica la concurrencia de los cuatro distintos órganos jurisdiccionales para entender de una misma cuestión:

a) El Orden penal, de carácter siempre preferente (Arts. 10.2 y 44 LOPJ), que tanto por dicha preferencia como por lo limitado de su objeto, no plantea problemas especiales al respecto.

b) El Orden contencioso-administrativo, motivado por la intervención en el proceso de una Entidad de carácter público, como lo son el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, en España, el INSTITUT CATALA DE LA SALUT, en Catalunya, y las restantes Administraciones Sanitarias de cada Comunidad Autónoma, y la existencia de una previa reclamación administrativa (Arts. 9.4 LOPJ y 1.2.c y 3.b UC).

c) El Orden social, de estimarse que estamos ante reclamaciones en materia de Seguridad Social (Art. 9.5 LOPJ y 2.b LPL).

d) El orden civil, de ejercitarse una acción de carácter básicamente privado, la acción por responsabilidad extracontractual, fundada en preceptos del Código Civil, y además por la "vis atractiva" de la jurisdicción civil (Art. 9.2 LOPJ)

En la actualidad existen sentencias aparentemente contradictorias, en torno al orden jurisdiccional competente para conocer las acciones relacionadas con la reclamación a las Entidades Sanitarias Públicas por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios:

a) Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 junio y 15 julio 1991, asumen el conocimiento de la impugnación en vía contenciosa de las resoluciones del INSALUD denegando indemnizaciones por defectuosa asistencia sanitaria.

b) Las sentencias de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 24 abril 1990, 3 mayo 1990, 5 junio 1991, 20 abril 1992, 6 mayo 1992 y 20 noviembre 1992, sostienen la competencia de la jurisdicción social por estimar que los perjuicios originados "se producen en función de la relación de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios".

c) Por último, son numerosas las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo defendiendo,

bien expresa, bien tácitamente, la jurisdicción de los Tribunales Civiles, por tratarse de una acción de responsabilidad extracontractual y además en función de la "vis atractiva" establecida por el art. 9.2 LOPJ. Destacan al respecto las sentencias de 5 mayo 1988, 30 enero 1990, 8 y 23 noviembre 1990 y 30 julio 1991, entre otras muchas.

Ciertamente el conocimiento simultáneo de una misma materia por tres diversos órganos jurisdiccionales supone un fenómeno profundamente perturbador en el ámbito de las relaciones jurídicas. Teniendo la jurisdicción carácter público e indisponible, y siendo exclusiva y excluyente (Art. 9.1 LOPJ), por lo que la falta de jurisdicción puede ser apreciada incluso de oficio, se comprende que sólo uno de los tres Ordenes jurisdiccionales debe poder conocer de las reclamaciones que se formulen.

Anecdótico, pero revelador de la profunda crisis jurídica actual, debe estimarse el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 48 de Barcelona en 14 junio 1993 estableciendo el carácter electivo para el actor de la jurisdicción.<sup>1</sup>

## 2.- Carácter artificial de la atribución de las reclamaciones por perjuicios derivados de la asistencia sanitaria a la jurisdicción social.

Ante todo interesa señalar que no existe un sólo argumento mínimamente admisible que justifique la atribución a la jurisdicción social de las reclamaciones en materia de asistencia médica

---

<sup>1</sup> "En un intento de armonización de ambas doctrinas, cabe admitir que el perjudicado por la asistencia sanitaria defectuosa, que sea además beneficiario de la Seguridad Social, goza del beneficio de la duplicidad de jurisdicción para la obtención de la indemnización de perjuicios por defectuoso funcionamiento de los servicios médicos, pudiendo acudir a la jurisdicción civil, como titular de los derechos de la personalidad, de naturaleza privada y relevancia constitucional, a la vida ya la integridad física, con fundamento en los arts. 1902 y 1903 CC; o bien, en su condición de beneficiario del sistema de la Seguridad Social, y por tanto como titular del derecho a la asistencia sanitaria, acudir a la jurisdicción social, exigiendo las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, con fundamento en los arts. 23, 98 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social, sin que la defectuosa regulación de la materia por las normas laborales impida su integración con las contenidas en el Código Civil, por el carácter supletorio que de las disposiciones del Código Civil en las materias regidas por otras leyes, proclama su art. 4.3."

sanitaria. Las múltiples resoluciones de la jurisdicción se fundan exclusivamente en una doctrina expansiva de la Sala IV del Tribunal Supremo<sup>2</sup>, que no puede considerarse pacífica al estar contradicha por otras sentencias de la propia Sala<sup>3</sup>, e incluso por sentencias de Tribunales inferiores, alguna de ellas muy reciente<sup>4</sup>, y que no resiste el

---

<sup>2</sup> Contenida entre otras en SS 24 abril 1990, 5 junio 1991, 20 abril, 6 mayo y 23 septiembre 1992.

<sup>3</sup> En este sentido se pronuncian las sentencias de 10 octubre y 20 septiembre 1990:

S.10 octubre 1990 (Sala IV): "La aseguradora condenada en pleito sobre abono de una cantidad en los supuestos de invalidez absoluta, de los trabajadores de la empresa que los ocupa que tuvieren abierta la cuenta de haberes en la Caja de Ahorros también demandada, interpone recurso, volviendo a plantear la excepción de incompetencia por razón de la materia, con mención de los arts. 533.1 L.E.C., 2 y 380 y sigs. del C. de Comercio y 24,38 y 104 L. de Contrato de Seguro 50/80, de 8-10 argumentando en tomo a la idea de que la materia del contrato era de seguro y conforme a la misma debe regirse por la póliza y, en definitiva, por la señalada L. de seguros, pues ninguna relación ha guardado con el contrato de trabajo, que unía al actor con la empresa, ni con el accidente; la propia empresa, dice la recurrente, admite que es totalmente ajena a la situación, por la circunstancia de que la Caja de Ahorros la contrató con la aseguradora recurrente, en favor de aquellos trabajadores que tuvieron en dicha Caja domiciliado el pago de sus salarios, como podía haber sido otro motivo distinto; alegaciones estas que deben aceptarse, pues la relación constituida es independiente del contrato del trabajo vigente entre Casal S.A. y el trabajador y de la relación de la Seguridad Social y constituye una típica relación mercantil derivada de la cuenta corriente abierta en la entidad crediticia, al margen de las obligaciones de la patronal y con el vínculo exclusivo: trabajador, Cajas de Ahorros y Entidad Aseguradora y totalmente independiente de las mejoras voluntarias de la acción protectora del R.G.S.S., que se constituyen por las empresas individual o colectivamente y cualquier conflicto que se provoque, derivado de aquella relación, no se encontrará amparado por el Orden Jurisdiccional Social, cuya cobertura se tipifica en el art. 9 L.O.P.J. y 1.4 L.P.L., sino por los Juzgados y Tribunales del Orden Civil, competencia que se describe en el art. 9.2 L.O.P.J. y 1.4 L.P.L., sino por los Juzgados y Tribunales del Orden Civil. y como es tesis mantenida por razón de la materia, del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la presente cuestión".

S. 20 septiembre 1990 (Sala IV): "El recurso, como dice el Ministerio Fiscal en su informe debe acogerse; los argumentos de la sentencia, en cuanto estima que, por estar resuelta con anterioridad a la presentación a esta demanda la relación laboral entre los litigantes como consecuencia del despido anterior, este orden jurisdiccional social carece de competencia, al haber sido ya resarcidos los daños materiales derivados del despido declarado improcedente y no proceder la discusión de los daños morales, que ahora se reclama, en esta vía por tratarse de imputaciones de naturaleza civil o penal, que no guardan relación con el ámbito laboral, no puede admitirse".

<sup>4</sup> En este sentido destaca la interesante sentencia de 23 de junio de 1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que declaró su falta de jurisdicción "por ser las reglas de competencia por razón de la materia de orden público procesal, de derecho necesario de ineludible observan-

menor análisis crítico, como ha puesto de relieve el Catedrático de Derecho Civil y Magistrado SERRANO ALONSO<sup>5</sup>, que excluye totalmente la atribución al orden laboral de la jurisdicción para conocer de dichas reclamaciones. Resumiremos los argumentos en que se funda en los siguientes puntos:

---

cia, con la consecuencia de que la Sala está facultada para conocer de las alegaciones y pruebas practicadas en el proceso"; y analizando el fondo de la cuestión aunque sólo fuera a efectos de determinar el orden jurisdiccional que debía cono- cerlo afirmó literalmente lo siguiente:

"A tenor de la sentencia de 20 de febrero de 1981 cabe decir que es bien diferente la relación que existe entre la Seguridad Social y el personal a su servicio de la que existe entre dicho Instituto y el beneficiario de sus prestaciones, figurando entre las mismas la atención médico-sanitaria, siendo el enfermo un particular que se ve afectado en su patrimonio personal y privado, susceptible de sufrir daños por culpa o negligencia de quienes le atienden, generándose así una responsabilidad civil, cuya efectividad requiere el ejercicio de la acción culposa extracontractual amparada en el art. 1902, y en su caso en el art. 1903, ambos del Código Civil, corresponde conocer a la jurisdicción de este orden civil, pues claramente estamos en presencia de una acción de reclamación de daños derivados de un ilícito civil, por funcionamiento anormal de los servicios, que encuentran su apoyo en los preceptos citados en general y en particular del artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado".

Gran interés ofrece igualmente la reciente sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona de 29 noviembre 1993 que se inhibe a favor de la jurisdicción civil por estimar que claramente estamos en presencia de una acción de reclamación de daños derivados de un ilícito civil por funcionamiento anormal de los servicios, que encuentra su apoyo en los preceptos citados (Arts. 1902 y 1903 CC) en general y en particular en el 40-1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. A continuación critica certeramente esta sentencia sin citarla la doctrina del Tribunal Supremo:

"Por otra parte, el art. 2.b LPL, al fijar la competencia del Orden Social se refiere a la "materia de Seguridad Social incluida la pretensión por desempleo" y la acción que el actor ejercita nada tiene que ver con la Seguridad Social, como se ha visto, excluidas por lo tanto de las previsiones del art. 9.5 en relación con el 25 LOPJ y 1.7 y 8 LPL. Sin que tampoco se pueda basar la competencia en el art. 23.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que se refiere a la responsabilidad de los Entes Gestoras por las prestaciones que tienen a su cargo, y la indemnización por daños que tenga su origen en una actuación supuestamente negligente de un organismo gestor o del personal en relación con el beneficiario, en modo alguno puede ser considerada o contemplada como una prestación de la Seguridad Social, por lo que resulta imposible que sobre tal concreta pretensión se pronuncien los órganos judiciales sociales, cuando carecen de base legal expresa para ello y cuando el fin perseguido tiene las vías adecuadas para que su acción sea debidamente tutelada".

<sup>5</sup> SERRANO ALONSO, Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social. en ACTUALIDAD y DERECHO, 1992, número 34.

a) "La Administración pública actúa como entidad privada que ha de curar al enfermo y por tanto tal tipo de relación queda subsumida en el presupuesto del art. 41 LRJAE (que- da por tanto fuera del conocimiento tanto de la jurisdicción contenciosa como de la social)"

b) "Los daños se derivan de culpa o negligencia de quienes atienden al enfermo, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual de los arts. 1.902 y 1.903 CC, sin que la condición del sujeto responsable, ni el lugar ni la ocasión en que tal acto se ha producido suponga una alteración del su- puesto tipo contemplado en tales preceptos".

c) "La fuerza atractiva reconocida de manera sistemática por la jurisprudencia a la jurisdicción civil, cuando la cuestión litigiosa no ha sido atribuida de forma clara y terminante a otra jurisdicción"

d) "El objeto de las demandas por daños causados a las personas no es otro que la obtención de una indemnización en dinero, y tal objeto no está comprendido entre las atribuciones que corresponden al INSALUD según las disposiciones del RD 30 julio 1970, por lo que esta materia no puede equipararse a su pleito de Seguridad Social"

e) "La base de todas estas demandas son los arts. 1902 y 1903 CC, es decir, la culpa extracontractual, materia esencialmente civil"

f) "Razones de economía procesal imponen, en todo caso, el sometimiento a la jurisdicción civil: en efecto, en este tipo de proceso lo habitual es que además del causante del daño sea code- mandada la Administración en sus diversas cate- gorías"

g) "De lo contrario, se llegaría a resultados tan absurdos como sería el de considerar asistencia sanitaria, y por tanto atribuida a la jurisdicción social, el accidente de tráfico sufrido por una ambulancia que traslada al enfermo de un centro hospitalario a otro; ...o el daño sufrido por un paciente durante la prestación de asistencia sanitaria, pero no directamente debida a ella, piénsese en la lesión producida por un auxiliar al servir la comida a un enfermo, sobre el que derrama un caldo y le produce quemaduras".

Basta un ligero resumen de los argumentos utilizados por la Sala IV del Tribunal Supremo para sostener una solución radicalmente contraria a la mantenida por dichas sentencias:

1°.- No es posible sostener, como efectúa la sentencia de 24 abril 1990, que sobre una misma materia puedan actuar dos órdenes jurisdiccionales distintos: "la solución a arbitrar será una cuando el beneficiario sea persona protegida por el sistema de Seguridad Social y otra diferente cuando sea un ajeno a la acción protectora de la misma, aún cuando tenga la plenitud del derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución y regulado por el art. 1 y siguiente de la Ley General de Sanidad". Precisamente el carácter excluyente de la jurisdicción pretende preservar el principio de uniformidad de jurisprudencia y con él el de Unidad del Ordenamiento Jurídico. Prescindiendo incluso del problema jurisdiccional, no es admisible que mientras la jurisprudencia civil excluya el principio de responsabilidad objetiva en materia de reclamaciones sanitarias, en cambio la jurisprudencia social lo admita. No existe la menor justificación para tratar desigualmente situaciones jurídicas idénticas.

2°.- Existe una manifiesta petición de principio en la equiparación que efectúan dichas sentencias entre "exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, como exigir la prestación misma o pedir el reintegro de los gastos ocasionales" y sobre todo en derivar dicho derecho del art. 98 de la Ley General de la Seguridad Social. Basta una simple transcripción literal de dicho precepto:

" Art. 98. Objeto. 1. La asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo.

2.- Proporcionará también los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores".

Para concluir que las Entidades gestoras de la Seguridad Social cumplen simplemente proporcionando a los beneficiarios "los servicios médicos y farmacéuticos" por ellos coordinados, sin que entre dentro de dicha asistencia sanitaria la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia ya prestada, indemnización que procedería incluso de no haberse producido la asistencia sanitaria como consecuencia del régimen de la Seguridad Social, siendo por tanto extraña e independiente de ésta.

c) Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la prestación sanitaria lo es simplemente de medios, pero no de resultados. La Administración sanitaria debe garantizar que el enfermo sea debidamente asistido, pero nunca que sea curado. Basta con que la asistencia se encuentre dentro de los límites de la "lex artis", de acuerdo con el estado de la ciencia en unos momentos determinados, para el cumplimiento de su función. Ciertamente, la negativa a la prestación asistencial sanitaria puede ser enjuiciada por los Juzgados de lo Social. Pero una vez prestada dicha asistencia, el resultado obtenido escapa a las prestaciones de la Seguridad Social, originando la obligación, civil o administrativa, según los casos, derivada del funcionamiento de la Administración sanitaria.

### 3.- Inadecuación del proceso laboral a las complejidades propias de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria.

La aprobación de la vigente Constitución supuso una profunda transformación en los principios que debían regir la Administración de Justicia. Consciente el constituyente de que son los Tribunales los únicos garantes de los derechos de los particulares, elevó los principios técnicos procesales a derechos constitucionales que debían ser respetados no sólo por los Tribunales, sino incluso por el legislador .

Las formas procesales no pueden en forma alguna ser elegidas caprichosamente, sino que constituyen instrumentos indispensables para el acierto jurisdiccional. Mediante el método dialéctico cada una de las partes expone sus respectivas alegaciones, propone los medios de prueba que estima oportunos, y razona en tomo al resultado

de dichos medios de prueba. El proceso constituye en la actualidad un instrumento irrenunciable para la efectividad de los derechos de los particulares.

Ciertamente no existe un sólo modelo de proceso, sino varios modelos. Incluso dentro de un mismo ámbito jurisdiccional se contemplan varios procesos ordinarios y, al lado de estos, diversos procesos especiales. Siendo el proceso un instrumento para la declaración del derecho, se comprende que la forma externa del proceso deba ser la más adecuada para la efectividad del derecho cuya declaración se pretende. Derivase de ello que el proceso penal, el proceso contencioso-administrativo, el proceso civil y el proceso laboral, sean estructuralmente distintos y estén inspirados por principios diversos y en ocasiones contradictorios entre sí, como única manera para conseguir la tutela jurisdiccional efectiva garantizada por el art. 24.1 CE.

Precisamente por ello el art. 24.2 CE, entre las garantías que comprende la tutela jurisdiccional efectiva, establece la de "un proceso con todas las garantías". Si el cauce procesal elegido por el legislador o aplicado en un caso concreto por el Juez no reúne todas las garantías, se habrá producido una infracción constitucional que debe ser tenida en cuenta por los Tribunales Ordinarios y que en otro caso puede ser declarada en amparo por el Tribunal Constitucional.

Desde esta perspectiva es necesario destacar la ausencia de garantías derivadas de la sustitución por un excepcional procedimiento especial laboral del normal procedimiento ordinario contencioso-administrativo o civil:

1°.- No parece aconsejable que un proceso en que se reclaman varios millones de pesetas se dilucide en juicio verbal: contestación oral y pruebas en el acto del juicio. De atribuirse la jurisdicción al orden social se quebrantaría el fundamental principio de un proceso "con todas las garantías" tutelado por el art. 24.2 CE.

2°.- No se trata tan sólo de un proceso de extraordinaria importancia económica, sino de alegaciones y pruebas de extrema complejidad, que mal se avienen con el carácter oral y concentrado propio del juicio laboral. En estos procesos se discuten problemas médico-periciales complejisi-

mos, como los relativos a la existencia de defectos en la asistencia sanitaria, posibilidad de evitarlos, relación de causalidad entre el eventual defecto y los daños producidos, existencia y cuantificación de dichos daños, etc..., para los que resulta totalmente inadecuado el juicio laboral. Pero es que además los problemas técnico-jurídicos son de una extrema dificultad: naturaleza y alcance de la responsabilidad extracontractual; distribución de la carga de la prueba; responsabilidad "in eligendo"; caso fortuito y fuerza mayor; daños morales; distribución de los daños; etc..., para los que no se avienen las formas del juicio laboral.

3°.- La extraordinaria simplicidad del juicio laboral: contestación oral, pruebas e informes en el mismo acto, posibilidad incluso de sentencia "in voce", se justifica exclusivamente por la sencillez y el carácter repetitivo de los conflictos laborales. Dicho juicio es totalmente inadecuado para la resolución de las complejas cuestiones propias de la responsabilidad médica antes apuntadas.

4°.- Pero es que, además, tanto la ley como la jurisprudencia como la doctrina que deben ser aplicadas e interpretadas para la resolución de dichas pretensiones, tienen carácter marcadamente administrativo y civil, están reguladas por la Constitución, por Leyes Administrativas y por el Código Civil, desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y comentadas por los constitucionalistas, administrativistas y civilistas. Ni un solo precepto de las leyes laborales se ocupa de dichas materias.

5°.- Las dificultades prácticas alcanzan su punto culminante si tenemos presente que nunca la responsabilidad corresponderá exclusivamente a la Administración pública, sino que dicha responsabilidad derivará de una actuación culposa o negligente de las instituciones sanitarias, públicas o privadas, y de los profesionales médicos, contratados por la Seguridad Social. Resulta evidente que para que pueda dictarse sentencia condenatoria de la Administración pública previamente debe declararse la responsabilidad profesional. Pero ello no es posible en el proceso laboral, en que dichos profesionales no son ni pueden ser parte. De atribuirse competencia a la jurisdicción social se darán los siguientes inconvenientes:

a) Ante todo, la posible prejudicialidad derivada de la sentencia laboral en el posterior proceso civil seguido contra los responsables. Estos deberían estar y pasar por la sentencia laboral sin posibilidad de defenderse.

b) Pero, sobre todo, la posible división de la continenencia de la causa. No bastaría con un solo proceso, sino que deberían seguirse varios procesos ante jurisdicciones distintas y con el mismo objeto: mientras las Entidades Gestoras de la Seguridad Social serían demandadas ante los Juzgados de lo Social, los profesionales médicos y las Instituciones sanitarias lo serían ante los Juzgados de lo Civil. La anarquía y posibilidad de resoluciones contradictorias que ello supone no requieren ulteriores comentarios.

c) Dicha división de la continenencia de la causa reviste una especial singularidad en los procesos con pluralidad de actores, en los que sólo alguno de los demandantes fuera beneficiario de la Seguridad Social. De considerarse adecuado el proceso laboral, deberían seguirse simultáneamente dos procesos distintos con resoluciones posiblemente contradictorias: el laboral, respecto de los beneficiarios de la Seguridad Social; el contencioso-administrativo o el civil, respecto de los extraños a la misma.

6°.- Por si todo ello no fuera suficiente bastaría considerar los supuestos de prejudicialidad penal. Es perfectamente posible que la imprudencia médica pueda ser tipificada en el art. 565 CP. Pues bien, mientras la prejudicialidad penal produce siempre la suspensión del proceso civil (Art. 114 LECR), en cambio la regla general es la no suspensión del proceso laboral por prejudicialidad penal (Art. 86.1 LPL). El precepto es lógico, habida cuenta que en un proceso laboral no se discute la pretensión civil de resarcimiento. Pero no lo sería de admitirse que pueda declararse una responsabilidad médica, prejuzgando con ello o contradiciendo el proceso penal pendiente.

Por todos los anteriores motivos la tramitación por el procedimiento laboral de reclamaciones por daños derivados de defectuosa prestación sanitaria, no reúne las garantías exigibles de conformidad con el art. 24.2 CE. Dicho defecto no puede en forma alguna ser imputable al legislador, que en ningún momento pensó que pudieran tra-

mitarse por las reglas del procedimiento laboral cuestiones relativas a reclamaciones extracontractuales, sino que es imputable exclusivamente a la Sala IV del Tribunal Supremo, cuya doctrina manifiestamente errónea ha provocado la inseguridad jurídica y procesal denunciada, con la consiguiente merma del prestigio de la Administración de Justicia.

4.-La jurisdicción para conocer de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria debe corresponder en principio, de no existir una norma en contrario, a la jurisdicción civil.

Para la determinación del orden jurisdiccional competente hay que acudir a las reglas del art. 9 LOPJ:

a) Ante todo, el art. 9.1 LOPJ establece la regla general para la determinación de la jurisdicción: debe existir algún precepto legal que exprese la atribuya:

"Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley".

b) La jurisdicción del orden civil tiene una doble vertiente: la específica: "las materias que les son propias", y la residual: "todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional" (Art. 9.2 LOPJ).

Consecuente con dicha declaración general, el art. 85.10 LOPJ confía a los Juzgados de Primera Instancia "los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales".

c) La jurisdicción del orden social se limita a las relaciones laborales ya algunas específicas relacionadas con ella:

"Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral" (Art. 9.4 LOPJ).

Partiendo de dichos principios es fácil justificar que de no existir una norma expresa con rango



de ley que disponga lo contrario, son los Tribunales Civiles quienes deben conocer las reclamaciones frente a las Instituciones Sanitarias Públicas por daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria:

1°.- Los preceptos relativos a la determinación cualitativa y cuantitativa del daño, al caso fortuito ya la fuerza mayor, se encuentran regulados en el Código Civil (Arts. 1103, 1105 y 1109 CC), y deben por tanto ser aplicados por los Tribunales civiles.

2°.- Si la acción se configura como de responsabilidad contractual, el precepto general aplicable sería el art. 1104 CC, citado expresamente en la demanda, y los preceptos específicos que se refieren al arrendamiento de servicios (Art. 1544 CC), respecto de los médicos, o al contrato de seguro (Art. 105 Ley 50/1980, de 8 octubre, de contrato de seguro, que sustituye los antiguos arts. 1791 a 1797 CC), disposiciones todas ellas que pertenecen al ámbito civil.

3°.- Si la acción se funda en responsabilidad extracontractual o aquiliana, tradicionalmente ya desde el Derecho Romano, su aplicación ha correspondido a los Tribunales Civiles, siendo la Sala I a del Tribunal Supremo quien la ha desarrollado y adaptado a las complejas circunstancias de la técnica contemporánea.

4°.- Concretamente, por lo que respecta a la responsabilidad médica ha sido la jurisprudencia de la Sala I a del Tribunal Supremo la que la ha desarrollado, declarando en forma clara y reiterada su jurisdicción para entender de las reclamaciones fundadas en infracciones de la "lex artis" médica<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Sentencias de 5 mayo, 22 junio, 21 septiembre 1988; 30 enero, 8 y 23 noviembre 1990; 16 julio 1991; 13 y 29 octubre 1992; y 15 febrero, 4, 15 y 23 marzo 1993, para citar sólo las más recientes. Bastará con la transcripción de la S.30 enero 1990.

"La actuación de la entidad pública recurrente no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo, que fue ingresado en los centros dependientes de la misma a tal fin; se está, por tanto, fuera de la relación de derecho público, siendo más bien de aplicación el art. 41 L.R.J.A.E., cuando éste actúa en relaciones de derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente, por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, autoridades o agentes, aunque se conside-

5°.- La misma norma que excluye la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, el antiguo art. 41 LRJA y el actual art. 144 LP AC, se remite al Derecho civil: "cuando el Estado (o las Administraciones Públicas) actúen en relaciones de Derecho privado", La alternativa es clara: si actúa en relaciones públicas es competente la jurisdicción contencioso-administrativa; si en relaciones privadas, la jurisdicción civil. En ningún caso es factible la intervención de la jurisdicción social.

6°.- Las "reclamaciones en materia de Seguridad Social" a que aluden tanto el art. 9.4 LOPJ como el art. 2.b LPL, son, como su propio nombre indica, las relativas al derecho a recibir las prestaciones de la Seguridad Social, no a los resultados derivados de cualquier daño producido como consecuencia de dichas prestaciones. Nos remitimos al respecto al exhaustivo trabajo de CONDE

---

re la actuación de los mismos como actos propios de la Administración: es decir, la Administración actúa como un empresario privado, fuera de su actividad pública o de un servicio público, causando daños por culpa de negligencia de sus funcionarios o empleados, lo que sitúa el tema como propio del Derecho Civil. (SS. 3-3-73, 1-7-86, 16-3-87, 5-5 y 21-9-88). Aparece totalmente diferente la relación existente entre la Seguridad Social y el personal a su servicio, y la que se origina entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, por unos daños sufridos como consecuencia de la negligencia o imprudencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil, para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual, de los arts. 1902 y, en su caso, del 1903 C.C.; no se trata, pues, de un conflicto laboral entre las partes, circunstancias que lo indicarían en el art. 1 L.P.L. 13-6-80, pues aun teniendo el beneficiario derecho a las prestaciones que ampliamente recoge el art. 98 D. 1065/74, la base de la presente demanda responde al supuesto de daños por culpa extracontractual, padecidos por el paciente como consecuencia de una extubación, que no fue corregida de inmediato por el personal del Centro, dando lugar con ello a unas gravísimas secuelas irreversibles de coma profundo; conducta negligente del personal que prestaba sus servicios laborales por cuenta y dependencia de X., que hacen a éste responsable directo y solidario en la indemnización de los perjuicios causados; planteamiento jurídico que impide equiparar esta litis a los pleitos sobre Seguridad Social, determinantes, por razón de la materia, de la competencia jurisdiccional del orden social, según el precitado art. 1 ; mucho más si tenemos en cuenta la doctrina sobre la "vis atractiva" en favor de la jurisdicción civil ordinaria, y los "principios de Economía procesal", todo ello unido a la evidente circunstancia de la inalterabilidad del concepto de la culpa extracontractual, supuesta y estudiada en este caso, aunque la acción se dirija solamente contra X., dada la falta de identificación de las personas directamente responsables, por su intervención directa en el evento (SS. 20-2-81, 1-12-87 y 13-6-88).

MARTIN DE HIJAR<sup>7</sup>, quien se remite a la doctrina y la jurisprudencia en cuanto las configuran como prestaciones de medio, pero no de resultado. La Seguridad Social garantiza que el enfermo será atendido, pero no que será curado. Ni siquiera es la propia Seguridad Social la que atiende al enfermo, sino Instituciones Hospitalarias y médicos al servicio de dicha Seguridad Social, que serán los únicos responsables de su "mala artis". No sólo no existe precepto alguno que establezca la jurisdicción de los Tribunales del orden social para el conocimiento de dichas reclamaciones, sino que de la normativa legal se deduce su exclusión:

a) La equiparación que efectúa el art. 2.b LPL de la "protección al desempleo" muestra claramente hasta qué punto las reclamaciones de que conoce la jurisdicción social son las derivadas de la obligatoriedad de las prestaciones de la Seguridad Social, no de los daños originados por una defectuosa prestación sanitaria.

b) El procedimiento a seguir para tales reclamaciones no es el ordinario de la jurisdicción social, sino el especial regulado en los arts. 138 a 144 LPL, que se refiere a "accidentes de trabajo", "enfermedades profesionales", o "revisión de actos declarativos de derechos", pero no menciona en absoluto la exigencia de responsabilidad por defectuosa prestación del servicio de asistencia sanitaria.

c) Resulta evidente por tanto que las Entidades gestoras de la Seguridad Social cumplen simplemente proporcionando a los beneficiarios "los servicios médicos y farmacéuticos", por ellos coordinados, sin que entre dentro de dicha asistencia sanitaria la indemnización por los daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria ya prestada.

d) El art. 191.2 LPL, que constituye una norma especial en los procesos sobre Seguridad Social, obligando a las entidades gestoras a consignar el capital de la pensión a constituir, es total-

mente inaplicable a los procesos en los que no se reclama pensión alguna, sino una indemnización por daños y perjuicios totalmente incompatibles con dichos preceptos.

7°.- Pero es que además, debido al carácter residual de la jurisdicción civil, reconocido por el artículo 9.2 LOPJ, cualquier duda que pudiera plantearse en tomo a la competencia civil o social, debería resolverse necesariamente en favor de la primera por la mayor amplitud del ámbito en que actúa.

### 5.-Atribución por la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo a los Tribunales del orden civil de la jurisdicción para conocer de las reclamaciones por asistencia sanitaria.

La contradicción existente entre la jurisprudencia de las salas I y IV del Tribunal Supremo provocaba en la práctica que el demandante pudiera optar entre acudir a la jurisdicción civil o a la laboral. La excepción de incompetencia de jurisdicción formulada ante los Tribunales inferiores normalmente, con algunas excepciones notables ya citadas, era desestimada con fundamento en la jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo del orden a que correspondía el órgano jurisdiccional que conocía de la primera instancia. E incluso cuando un órgano inferior discrepaba de la doctrina del Tribunal Supremo, su resolución podía ser revocada por dicho Tribunal Supremo<sup>8</sup>.

La única forma de superar dicha jurisprudencia contradictoria era acudiendo a la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, integrada por un Magistrado de cada una de dichas Salas y presidida por el Presidente del Tribunal Supremo (Art. 42 LOPJ), debiendo suscitarse el conflicto por inhibitoria ante el órgano que se considerara competente (Art. 45 LOPJ).

En la práctica tenemos noticia de dos diversos conflictos de competencia entre las jurisdic-

---

<sup>7</sup> CONDE MARTIN DE HIJAR, Jurisdicción Social ~ Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Concurrencia ~ conflictos en materias laborales ~ de Seguridad Social. en "Terceras Jornadas de Derecho Judicial", publicadas por el Ministerio de Justicia, I, ps 205 a 244.

---

<sup>8</sup> Las Sentencias de 20 de abril y 23 de septiembre de 1992 de la Sala IV del Tribunal Supremo fueron dictadas precisamente con motivo de recursos de casación para unificación de doctrina.

ciones civil y social planteados ante la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo:

a) El primero de ellos, resuelto por el Auto de 23 diciembre 1992 a que nos referiremos seguidamente, se instó por el Servei Valencià de la Salut, y fue suscitado, previo dictamen favorable del Ministerio Fiscal, por el Juzgado de 1. Instancia número 21 de Valencia, que requirió de inhibición al Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, en relación con una reclamación de una indemnización de doscientos millones de pesetas basada en "la omisión de determinada prueba diagnóstica, que hubiera posibilitado el conocimiento de la malformación fetal, que a su vez hubiera propiciado la realización de un aborto eugenésico". El Auto dictado por dicho Juzgado en 30 marzo 1993 es de una gran simplicidad,<sup>9</sup> acorde con la sencillez del problema planteado. No habiéndose accedido al requerimiento por el Juzgado de lo Social, se remitieron los autos a la Sala Especial de Conflictos de Tribunal Supremo.

b) El segundo, relativo a una reclamación por daños derivados del supuesto contagio del virus del SIDA con ocasión de una transfusión sanguínea, se suscitó entre el Juzgado de 1 a Instancia número 25 de Barcelona y el Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, encontrándose actualmente pendiente de resolución por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. Como principales diferencias entre este conflicto y el suscitado en Valencia cabe destacar que el Ministerio Fiscal dictaminó en sentido favorable a la jurisdicción social, y que el Auto dictado en 25 junio 1993 analiza en profundidad la jurisprudencia contradictoria de las Salas I y IV, fundándose tanto en la "vis atractiva" de la jurisdicción civil<sup>10</sup>, cuanto en

<sup>9</sup> "Nos encontramos ante un claro supuesto de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903 CC, por cuanto el perjudicado, con independencia de ser beneficiario de la Seguridad Social, es un particular que se ve afectado en sus bienes personales y privados, que pueden sufrir perjuicio por la imprudencia de quienes le atienden... A los argumentos anteriormente indicados debe añadirse que el art. 85 LOPJ recoge el carácter atrayente de la jurisdicción civil".

<sup>10</sup> Teniendo la jurisdicción civil una doble vertiente: la específica: "las materias que le son propias", y la residual: "todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional" (Art. 9.1 LOPJ), por lo que "siendo que la jurisdicción del orden social se limita a las relaciones laborales ya algunas específicas relacionadas con ella (Art. 9.4)" y que "las reclamaciones en materia de seguridad social" a que alude el art. 9.4

la negativa a considerar un concepto amplísimo de prestación sanitaria<sup>11</sup>, destacando además las razones de economía procesal derivadas de la pluralidad de demandados<sup>12</sup>, así como la inadecuación del proceso laboral<sup>13</sup>.

---

LOPJ, se consideran las relativas al derecho a recibir las prestaciones de la seguridad social, no a los resultados derivados de cualquier daño producido como consecuencia de dichas prestaciones. Esto unido al criterio de la "vis atractiva" de la jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de la unidad jurisdiccional sancionado por el art. 117.5 CE, todo lo cual y ante una determinación concreta y precisa legalmente que expresa el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones por una supuesta responsabilidad contractual o extracontractual del organismo público, como consecuencia de no haber utilizado las técnicas adecuadas para la detección del virus VIH en la sangre, lleva a la conclusión de que han de ser los tribunales civiles los competentes.

<sup>11</sup> "La atribución del conocimiento a la jurisdicción social, por considerar que el daño sufrido con ocasión de la asistencia sanitaria forma parte de las "prestaciones de la Seguridad Social" a que tiene derecho el perjudicado, supondría aceptar un concepto de "prestación de la 5.5" amplísima, cuya extensión no se encuentra avalada por ningún texto normativo. La asunción por parte de la Administración del servicio público de la salud determina una obligación de medios y no de resultado, asume poner los medios precisos para que el asegurado y en general el beneficiario, reciban la atención precisa para hacer frente a sus dolencias, cumplida esa exigencia el éxito o el fracaso, y en su caso, los daños personales sufridos con ocasión de las mismas, sobrepasa el límite de la asistencia sanitaria y pasa a integrarse en uno o más de los supuestos de responsabilidad civil, sin que la particularidad determine una atribución competencial diversa de las ordinarias".

<sup>12</sup> "Son también razones de economía procesal las que sirven de fundamento para la atribución de estas causas a la jurisdicción civil; en efecto, en este tipo de procesos lo habitual es que además del causante del daño sea codemandada la Administración en sus diversas categorías, ello ha llevado al T.S., Sala I.a a reiterar una doctrina en los siguientes términos: "Siendo solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continencia de la causa que correría el riesgo de fallos contradictorios, la demanda conjunta a la Administración junto con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico".

<sup>13</sup> "Siendo este proceso (el civil) el más adecuado estructuralmente, a saber: 1) Para la prueba de la relación de causalidad y la necesidad de acreditar los daños efectivamente producidos, son precisas complejas pruebas periciales que no se compaginan con la simplicidad y oralidad del juicio ante el Juzgado de lo Social. 2) La simplicidad y limitación del recurso del proceso laboral construido sobre la base del juicio verbal civil cuando se trata de cuestiones de tanta complejidad y cuantía debe existir: un trámite de contestación escrito -debe cumplirse el principio de la doble instancia, inexistente en el ámbito laboral".

El Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, sin más argumentos que los extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>14</sup>, no accedió a la inhibitoria, encontrándose actualmente las actuaciones pendientes de resolución ante la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo.

Pasando ya al examen concreto del Auto de 23 diciembre 1993 de dicha Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, nos interesa destacar los siguientes puntos:

a) Ante todo, que por el Ministerio Fiscal se informó en favor de la jurisdicción civil con la sucinta argumentación de que no se trataba de "un problema de Derecho Laboral, sino de un problema de aplicación del art. 1902 y ss. del Código Civil".

b) Aun cuando el Ponente de la sentencia fue el Magistrado de la Sala I Don Alfonso Barcala, no consta existiera voto particular del Magistrado de la Sala IV, Don Antonio Martín Valverde. Es de esperar por consiguiente que el criterio manifestado en este caso Concreto por la Sala Especial de Conflictos sirva Como precedente para ulteriores resoluciones de la Sala IV de lo Social<sup>15</sup>.

c) No deja de ser significativo que dicho Auto se apoye básicamente en las resoluciones dictadas por la Sala la de lo Civil, silenciando totalmente las contradictorias emanadas de la Sala IV de lo Social.

d) Descarta la resolución estudiada cualquier conexión con la jurisdicción social, distinguiendo entre el derecho a la prestación de los servicios sanitarios, cuya efectividad corresponde declararla a la jurisdicción social, de las consecuencias deri-

vadas del resultado dañoso consecutivo a dichas prestaciones que escapa totalmente del ámbito laboral<sup>16</sup>.

e) Menor importancia tiene el argumento de dicha resolución en torno a la fundamentación de la demanda en los arts. 1902 y 1903 CC. Sabido es que en méritos del principio "iura novit curia" la aplicación del derecho corresponde a los Tribunales, que no vienen en absoluto vinculados por la denominación que las partes confieran a la acción ejercitada. Aún cuando, como ocurre con la mayoría de las demandas presentadas ante la jurisdicción social, se silencien los arts. 1902 y 1903 CC, fundando la acción en los arts. 106.2 CE o 23.1 y 98 de la Ley de Seguridad Social, habida cuenta que el real fundamento de dichas demandas son los citados arts. 1902 y 1903 CC, corresponde su conocimiento a los Tribunales Civiles.

1) Concluye la resolución recurrida con una referencia a la "vis atractiva" de la jurisdicción civil, reconocida en el art. 9.2 LOPJ.

Podría pensarse que, a partir de la resolución comentada, ha quedado definitivamente determinada la atribución a la jurisdicción civil de las reclamaciones en materia de asistencia sanitaria<sup>17</sup>,

<sup>14</sup> Es significativo que los Juzgados de lo Social normalmente no aporten argumentación propia, limitándose a la cita literal de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo. y es que en realidad no existe ningún argumento jurídico convincente que justifique la intervención de la jurisdicción laboral.

<sup>15</sup> "No cabe tampoco omitir que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido declarando de manera generalizada que a la mentada jurisdicción compete el conocimiento de los perjuicios originados en el curso de una asistencia médico-quirúrgica encuadrada en los supuestos de culpa extracontractual, y así, sin propósito exhaustivo, son de citar, entre otras, las sentencias de las fechas siguientes, en cuanto contemplan casos análogos al que nos ocupa: 20 febrero 1981, 7 y 22 junio y 21 septiembre 1988 y 29 junio y 23 noviembre 1990".

<sup>16</sup> "El art. 2.b LPL concierne a las cuestiones litigiosas promovidas en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo"; los arts. 23.1 y 98 del Decreto 2065/74, de 30 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, atañen, de modo respectivo, a la responsabilidad de las Entidades gestoras de la Seguridad Social en las prestaciones cuya gestión les está atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho de las mismas, ya que la asistencia sanitaria tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios, así como su aptitud para el trabajo, atendiendo, de un modo especial, a la rehabilitación precisa para la recuperación profesional de los trabajadores; y el art. 7 de la Ley 14/86, de 25 abril, General de Sanidad, se limita a establecer que los servicios sanitarios, administrativos y económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad del mismo. Así mismo, las consecuencias antedichas no cabe incluirlas dentro del ámbito de la acción protectora que preconiza el art. 20.1.a) del precitado Decreto 2065/74, pues una cosa es que tal acción comprenda la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo", y otra bien distinta que el resultado dañoso derivado de una asistencia de semejante índole proceda atribuirle a la jurisdicción del orden social".

<sup>17</sup> Ello no obstante un Auto del Tribunal Supremo, Sala IV, de fecha 20 diciembre 1993, dictado tres días antes de la sentencia comentada,

pero como observaremos en los próximos apartados, la verdadera utilidad de dicha resolución ha sido exclusivamente la de impedir el conocimiento del orden jurisdiccional social, pero no prejuzga si la jurisdicción corresponde a los Tribunales Civiles con preferencia a los Contencioso-Administrativos.

## 6.- Problemática en torno al conocimiento de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria por los Tribunales Contencioso-Administrativos .

No podemos abordar en estas notas con la debida extensión el problema relativo a cuál de las dos jurisdicciones, la civil o la contencioso-administrativa, debe conocer de las resoluciones en materia de asistencia pública sanitaria. Nos limitaremos simplemente a exponer cuál sea la situación actual y cuál sea a nuestro entender la solución que deba adoptarse.

Mientras no puede alegarse argumento alguno en tomo a la atribución a la jurisdicción social de dicha materia, existen poderosos argumentos que apoyan la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo:

a) Ante todo, el art. 9.1 LOPJ establece la regla general para la determinación de la jurisdicción: debe existir algún precepto legal que exprese la atribuya:

"Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley"

b) La jurisdicción del orden contencioso-administrativo "conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias" (Art. 9.4 LOPJ).

Partiendo de dichos principios es posible justificar que sean los Tribunales contencioso-

administrativos quienes deban conocer las reclamaciones frente a las Instituciones sanitarias Públicas por daños producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria:

1º,- La pretensión formulada contra la Administración sanitaria "se deduce en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo" (Art. 9,4 LOPJ), y por consiguiente pueden ser competentes los Tribunales del orden contencioso-administrativo,

2º,- Se postula la "responsabilidad patrimonial de la Administración pública" (Art. 3,b UC), y por consiguiente puede conocer también la jurisdicción contencioso-administrativa,

3º,- El precepto en que se funda la demanda en cuanto al fondo. el art. 106.2 CE, está incluido dentro del Título IV de la Constitución, que por sí solo es más que expresivo: "Del Gobierno y de la Administración",

4º,- Con fecha 27 febrero 1993 entró en vigor tanto la Ley de Procedimiento Administrativo común, aprobada por Ley 30/1992, de 26 noviembre, como el R.D. 26 marzo 1993, aprobando el Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública que lo desarrolla en materia de responsabilidad patrimonial, de los que resulta en forma indiscutible la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos, ya que:

a) El art. 139 LPAC, recogiendo el texto del antiguo art. 40 LRJAE, establece que

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

b) El art. 141.6 y 7 LPAC destaca el carácter administrativo de la reclamación: "la resolución administrativa... pone fin a la vía administrativa" y que "si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de desestimación".

c) El art. 143 LPAC, al regular la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de derecho privado, se remite para su exigencia al procedimiento regulado en los

---

inadmite un recurso de casación para uniformidad de doctrina tendente a que se declare la jurisdicción de los Tribunales Civiles insistiendo en la "doctrina reiterada de la Sala que establece la competencia de este orden jurisdiccional social para el adecuado encaje de las reclamaciones indemnizatorias de daños y perjuicios causados con ocasión del tratamiento médico-sanitario dispensado por las Entidades Gestoras a los titulares y beneficiarios de la Seguridad Social".

arts. 142 y 143 LPAC, comunes a la exigencia de responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, y recurribles por tanto en vía contencioso-administrativa.

d) La Disposición Adicional del R.D. 26 marzo 1993 aprobando el Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública se pronuncia claramente a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa al disponer que:

"De conformidad con lo establecido en los arts. 2º.2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa previstas en dicha Ley y en el presente Reglamento".

5º.- Era reiterada la jurisprudencia contencioso-administrativa, dictada incluso con anterioridad a dichas disposiciones legales, fijando en dichos supuestos su jurisdicción:

a) La S. 15 junio 1991, en un supuesto relativo a lesiones sufridas por una enferma como consecuencia de una intervención quirúrgica que la sentencia de instancia declara realizada en forma incorrecta, tras hacer referencia a un conflicto de competencias entre la antigua Sala VI de lo Social de este Tribunal Supremo y la Sala III de lo Contencioso-Administrativo, resuelta a favor de esta última, confirma la sentencia dictada en primera instancia, condenando al INSALUD aplicando precisamente no sólo el art. 106.2 CE alegado en el presente proceso, sino también el art. 43 CE en que se reconoce el derecho a la salud.

b) La S 15 julio 1991, revoca la recurrida que había absuelto al INSALUD de la reclamación derivada del suicidio de una enferma internada en unas instalaciones hospitalarias, declarando expresamente la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos para pronunciarse en torno a

indemnizaciones por funcionamiento anormal de los servicios públicos, reconocido por los art. 40 LRJAE y 106.2 CE.

6º.- A mayor abundamiento, las indemnizaciones a personas que hubieran contraído el SIDA con motivo de asistencia sanitaria está regulada por el RDL 9/1993, de 28 de mayo, del que interesan a los efectos del presente estudio los siguientes artículos:

a) El art. 1.a incluye dentro del RDL a las personas que "hubieran recibido tratamiento con hemoderivados dentro del sistema sanitario público antes del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH"

b) El art. 5 se remite expresamente para el procedimiento a seguir a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Procedimiento Administrativo Común.

Pese a dicha argumentación, la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, en Auto de 21 de junio de 1991, había declarado la jurisdicción de los Juzgados de lo Social frente a los Tribunales contencioso-administrativos, lo que había impedido en la práctica la formulación de conflictos de jurisdicción a favor de estos últimos Tribunales.

Podía pensarse que la situación había cambiado radicalmente ante el claro precepto del Reglamento de Procedimiento de la Administración Pública. Pese a ello las resoluciones de que tenemos noticia hasta la fecha no han sido concordantes:

a) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se ha pronunciado hasta la fecha en tres ocasiones sobre el particular:

1º.- Los Autos de la Sección la de fechas 9 y 19 noviembre de 1993 han mantenido la jurisdicción de los Juzgados de lo Social con argumentos de derecho transitorio, Según dichos Autos habrá que estar al momento en que se formula la reclamación administrativa: si ésta lo fue con anterioridad al día 27 de febrero de 1993, en que entró en vigor la Ley de Procedimiento Administrativo Común, es preferible la jurisdicción social a la contencioso-administrativa en cumplimiento del

Auto de 21 junio 1991<sup>18</sup>, Con la peculiaridad de que dicha Sección la, en una interpretación rigurosa del art. 49 LOPJ, estima que no cabe recurso alguno contra la negativa a la inhibitoria<sup>19</sup>, Si por el contrario la reclamación administrativa es posterior al 27 de febrero de 1993, la jurisdicción corresponde al orden contencioso-administrativo,

2°.- Aplicando dicha doctrina el Auto dictado en 16 diciembre 1993 acordó requerir de inhibición al Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona, el cual no accedió a dicho requerimiento en Auto de 2 febrero 1993, negando eficacia al RDL 429/1993, de 26 marzo, por estimar que vulnera el principio de reserva de ley e infringe el principio de jerarquía normativa garantizado por el art. 9.3 de la Constitución al vulnerar el art. 9.5 LPL<sup>20</sup>.

b) Por el contrario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en resolución de 6 de octubre de 1993, mantiene la postura negativa de su jurisdicción anterior a la Ley y al Reglamento de Procedimiento Administrativo con la siguiente argumentación:

---

<sup>18</sup> Interesa destacar que los conflictos de jurisdicción tienen en todo caso carácter relativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia únicamente podía decidir entre sostener su jurisdicción y suscitar conflicto al Juzgado de lo Social, o denegar la inhibitoria a dichos Tribunales, pero en forma alguna podía declarar la jurisdicción de los Tribunales Civiles, que no entran en dicho conflicto.

<sup>19</sup> Personalmente discrepamos de dicha doctrina, ya que el art. 49 LOPJ se refiere tan sólo a las resoluciones recaídas en la tramitación de los conflictos de competencia (Art. 49 LOPJ), frente a las que al igual que las de sustanciación de las cuestiones de competencia (Arts. 88,93 y 97 LEC), no procede recurso alguno. Por el contrario, de la misma forma que contra las resoluciones finales de las cuestiones de competencia, bien por declarar no haber lugar al requerimiento de inhibición (Art. 87 LEC), bien por desistir de la inhibitoria (Art. 96 LEC), proceden los recursos ordinarios, proceden también dichos recursos contra los Autos que decidan los conflictos de competencia, bien declarando no haber lugar a requerir de inhibición, bien aceptando el requerimiento de inhibición, y en este sentido se pronuncia la más reciente monografía sobre la materia: LÓPEZ SIMÓ, La jurisdicción por razón de la materia. Madrid, 1991, p. 208.

<sup>20</sup> Ello no obstante, el Auto dictado en 2 febrero 1994 del Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona mantiene su jurisdicción frente a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, remitiéndose por tanto las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo que deberá pronunciarse en fecha próxima sobre dicha cuestión.

1°.- El art. 139 LPAC recoge "una cláusula de responsabilidad patrimonial clásica en nuestro ordenamiento y que tiene su reflejo en el actual art. 106.2 CE, (por la que) no puede deducirse un cambio en la situación anterior a la entrada en vigor de la norma".

2°.- Pese a que incluso en las relaciones de derecho privado (Art. 144 LPAC), el recurso procedente sea el contencioso-administrativo en méritos de la remisión efectuada por este artículo a los arts. 142 y 143, ante "el silencio que guarda la Ley respecto de la responsabilidad antes excluida, de los servicios de la Seguridad Social, cuya revisión era antes residenciada en los órganos de la jurisdicción social, cabría entender que inclusio unius. exclusio alterius, la Ley habría dejado fuera de este procedimiento único de exigencia de responsabilidad a la que se deriva de este tipo de relaciones".

3°.- Pese a entender que el RDL 429/1993, de 26 marzo, "da un salto cualitativo" resolviendo definitivamente la cuestión, no lo aplica por estimar que "a juicio de la Sala esta norma reglamentaria vulnera los preceptos legales antes citados que atribuían la competencia a la jurisdicción social para el conocimiento de estas cuestiones",

Ciertamente, es lamentable que existiendo una disposición clara y terminante que atribuye la jurisdicción a los Tribunales del orden contencioso-administrativo, éstos le nieguen aplicación o la apliquen restrictivamente. El error deriva de considerar que la jurisdicción social tiene atribuido legalmente el conocimiento de dichas pretensiones. Demostrado en los apartados anteriores que nunca debió haber conocido la jurisdicción social, y habida cuenta lo dispuesto en los arts. 144, 139 y 142 LPAC, y la Disposición Adicional del RDL 429/1993, de 26 marzo, forzoso es concluir:

a) Que no estando atribuidas por la Ley Orgánica dichas reclamaciones a los Juzgados de lo Social, no cabe referirse al principio de reserva de ley ni de jerarquía normativa. Precisamente la laguna legal existente en el art. 9 LOPJ habría sido cubierta por los preceptos citados de la Ley y del Reglamento de Procedimiento Administrativo.

b) Ciertamente, el RDL 429/1993 no puede nunca prevalecer frente a lo dispuesto en el art. 9

LOPJ. Pero habida cuenta que dicho art. 9.4 confía precisamente a los Tribunales del orden contencioso-administrativo " las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias", resulta evidente que dicho RDL no es contrario a la Ley Orgánica, sino que la completa, interpretando auténticamente, a falta de cualquier otra legislación superior, que las pretensiones frente a la Administración sanitaria por daños y perjuicios derivados de acto médico, deben formularse ante los Tribunales contencioso-administrativos.

Cosa distinta es que dicha normativa no esté exenta de críticas, pero éstas nunca pueden prevalecer sobre las claras disposiciones legales. Las principales críticas que pueden formularse son las siguientes:

a) Ante todo, la falta de desarrollo de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda prestar la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24 CE, sería indispensable que entraran en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, lo que permitiría una doble instancia, y eliminaría los retrasos inevitables de la actual organización transitoria. Es evidente que las Salas de lo Contencioso-Administrativo carecen de medios suficientes para resolver con plenas garantías las reclamaciones derivadas de defectuosa asistencia sanitaria. Pero este reproche es común al insatisfactorio desarrollo orgánico y requiere una urgente entrada en servicio de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

b) Otra dificultad la originarían las reclamaciones formuladas no sólo contra la Administración sanitaria, sino también contra los médicos responsables del daño. La peculiar estructura del recurso contencioso-administrativo, encaminado a velar por el ajuste a derecho de los actos de la Administración, impide que los particulares pue-

dan ser condenados en vía contencioso-administrativa, produciéndose con ello una peligrosa división de la contienda de la causa, al conocer de una misma materia dos distintos órdenes jurisdiccionales por razones meramente subjetivas. Es por ello por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicó en dichos supuestos la "vis atractiva" de la jurisdicción civil, doctrina que estimamos debería mantenerse pese a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento de Procedimiento Administrativo.

## 7.- Conclusiones.

Aún cuando en el momento actual subsistan gran número de problemas, forzoso es reconocer que si se elimina la infundada pretensión de la jurisdicción social de conocer de las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria, se aclara extraordinariamente la problemática:

a) Si la reclamación se formula simultáneamente contra la Administración Pública Sanitaria y los profesionales médicos responsables, la jurisdicción corresponde en todo caso al orden civil.

b) Si la reclamación administrativa se inició antes del día 27 de febrero de 1993 exclusivamente contra la Administración Pública Sanitaria, la jurisdicción corresponde también al orden civil, si bien pueden formularse serias reservas a esta conclusión.

c) Por el contrario, iniciada la reclamación administrativa con posterioridad al día 27 de febrero de 1993 exclusivamente contra la Administración Pública Sanitaria, la jurisdicción corresponde al orden contencioso-administrativo.

d) La jurisdicción social no puede nunca conocer de dichas reclamaciones, siendo conveniente formular conflicto de competencia por inhibitoria en todos los asuntos pendientes ante dicha jurisdicción, tanto si están en primera instancia, como en suplicación, como en casación para uniformidad de doctrina.



# La protección de datos de salud informatizados en la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre\*

*Manuel Heredero Higuera*

Jefe del Gabinete Jurídico de la Agencia de Protección de Datos

## I

\* 1. La terminología que se ha ido creando en tomo a la protección de los datos personales registrados y tratados en soporte informático adolece de un cierto equívoco, en la medida en que normalmente se utiliza como referente del bien jurídico protegido el concepto de intimidad. En rigor, este término es una adaptación del inglés *privacy*, que en la doctrina angloamericana expresa lo que podríamos definir como un "derecho de disposición" sobre la información relativa a la persona. El objeto de este derecho de disposición puede ser, por una parte, lo que es "historia personal" u otro material susceptible de difusión por los medios de comunicación (información narrada o filmada, fotografías, objetos personales. etc.), y, por otra, lo que son "datos", en el sentido de unidades elementales de información expresadas en señales o magnitudes físicas susceptibles de registro, proceso y transmisión, todo ello valiéndose de dispositivos automáticos electrónicos. La primera acepción es objeto de una regulación jurídica específica, que en nuestro Derecho se basa en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil frente a las intromisiones ilegítimas en la vida privada, y con la cual se quiso salir al paso de una difusión de historias íntimas, fotografías, etc., sin el conocimiento del interesado o en contra de su voluntad.

2. En el contexto de los datos de carácter personal, la noción de *privacy* entendida en este sentido de derecho a disponer de la información personal, hace referencia al derecho a facilitarlos voluntaria y conscientemente, bien directamente en soporte informático, bien en forma escrita o verbal para que sean o no registrados en soporte informático. El problema que esta captación o recogida de datos suscita es diferente. Con ella se obtiene una información que, de un modo u otro, sirve de base a decisiones, privadas o públicas, que afectan al interesado.

Fuera del contexto informático, la recogida de datos personales es un proceso que el interesado conoce y controla, bien porque es él mismo el que da los datos para poder beneficiarse de una decisión que le favorece (licencia de caza o pesca, contratos, contratos públicos, admisión en una organización, obtención de un crédito, contratación de un seguro, etc.), bien porque existe una obligación legal de dar unos datos, como en el caso de las declaraciones tributarias. La informatización, y la consiguiente interconectabilidad de los ficheros informatizados, ha traído consigo la práctica usual de recoger o captar datos sin previo conocimiento del interesado y sin su consentimiento, consciente, expreso o presunto, no sólo para la recogida, sino asimismo para los procesos de que los datos hayan de ser objeto. Como parte del proceso informático, los datos así obtenidos pueden ser cedidos sin conocimiento del interesado. Pueden servir de base a procesos de inferencia automática, predicción de conductas futuras, cuyas conclusiones permiten adoptar decisiones que favorezcan o perjudiquen al interesado. El derecho de disposición sobre los datos adquiere una fisonomía peculiar, el derecho de autodeterminación sobre los datos, según la expresión acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>1</sup>.

3. Desde que en 1972 fueron promulgadas la primera ley de protección de datos del land de Hesse y la *Data-lag* sueca, se ha ido perfilando un sistema protector, de carácter preventivo, cuyos hitos fueron las leyes de protección de datos de 1977/1979, el Convenio 108 del Consejo de Europa, abierto a la firma en 1981, y la ley alemana federal de 1990. Las leyes de 1977/1979 (Alemania, Francia, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo) crearon un acervo normativo, que el Convenio de 1981 definiría como el "núcleo irreductible" de la protección de los datos personales informatizados. La ley alemana de 1990 (que modificó la de 1977) recogió la doctrina del Tribu-

---

\* Este trabajo es una reelaboración de la conferencia pronunciada por el autor el día 27 de septiembre de 1993 en el Aula Magna del Hospital Universitario "Gregorio Marañón", de Madrid, en el acto de presentación del libro *Ponencias del I Congreso de Derecho y Salud*.

---

<sup>1</sup> Sentencia de 15 de diciembre de 1983. Hay versión española, publicada en el "Boletín de Jurisprudencia Constitucional" (Cortes Generales), IV, Jurisprudencia Constitucional Extranjera, 1984-33, págs. 126 y ss.

nal Constitucional federal y extendió la protección a la recogida de datos, previa en realidad al proceso o tratamiento, y dio entrada en el cuadro protector a la norma del consentimiento. El sistema así definido ha sido recogido en la propuesta de Directiva comunitaria de 1990/92 (SYN 287). El sistema se articula en unos principios y unas garantías o derechos del interesado mediante los cuales éste hace valer aquellos (derechos de acceso a los datos, de rectificación de datos erróneos y de cancelación de datos erróneos, falsos o no pertinentes). Los principios son los siguientes: recogida lícita y leal de los datos, recogida para un fin o fines predeterminados, uso de los datos conforme a los fines, proporcionalidad de los datos, cualitativa (en función de los fines) y cuantitativa (datos no excesivos en razón de los fines), veracidad de los datos, conservación limitada, en función de los fines para los que se recogieran los datos. Cabe añadir la seguridad físico-lógica de los datos, pero, en rigor, se trata de una materia "superpuesta", que las leyes de protección de datos han acogido y convertido en principio. El fin es el elemento esencial. Sin embargo, el elemento "crítico" del sistema protector lo constituyen las garantías que deben rodear a la recogida de los datos. La doctrina alemana, expresada en la sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>2</sup>, considera que sólo es lícito recoger datos personales para su registro y proceso informático si el interesado consiente en ello conscientemente o, en caso contrario, si existe una habilitación previa mediante una norma de rango legal, genérica o específica. De lo contrario, la recogida de datos constituiría un Eingriff en la esfera de los derechos de la personalidad.

4. La protección de los datos de salud informatizados ha sido objeto recientemente de una especial atención en foros diversos. Ciertas actuaciones del Consejo de las Comunidades Europeas, de fomento de la aplicación de las tecnologías de la información a la asistencia sanitaria han dado lugar, paralelamente, a estudios relativos a los riesgos que esta faceta de la tecnificación de la asistencia médica pudiera acarrear para el respeto a la personalidad y la libre determinación de los enfermos y otras personas interesadas<sup>3</sup>. El Consejo de Europa ha elaborado un pro-

yecto de Recomendación de aplicación del Convenio 108, de 1981, a este contexto específico, que será elevada próximamente al Comité de Ministros<sup>4</sup>. Las recientes leyes de protección de datos de Luxemburgo, de 1992 (de reforma de la de 1979)<sup>5</sup> y Bélgica, de 1992<sup>6</sup>, han tratado en forma separada estos problemas. Al margen de la regulación legislativa directa, en algunos países, como Nueva Zelanda, se ha acometido la regulación del uso de los datos de salud dentro del marco de los códigos de conducta que su legislación prevé. El artículo 46 de la Privacy Act de 1993 habilita al Comisario de Protección de Datos para elaborar códigos de conducta. El artículo 53 de la ley matiza el valor normativo de estos códigos de conducta, disponiendo que las conductas que, en otro caso, constituirían violaciones de principios de la protección de datos no se considerarán tales si cumplen el código. En todo caso, el incumplimiento del código constituye violación del principio principios de que se trate, a los efectos previstos en la propia ley. El código sólo afecta al sistema de salud pública, a cuyo efecto contiene una definición de lo que deba entenderse por organismo sani-

<sup>4</sup> Borrador de Recomendación sobre la protección de los datos médicos, Estrasburgo, 22 de octubre de 1993, doc. CJ-PD (93) Misc 12: proyecto de memoria explicativa, Estrasburgo, 9 de noviembre de 1993, doc. CJ-PD (93) 9, 3a revisión. El Comité de Ministros del Consejo de Europa se había ocupado ya de la protección de los datos médicos en la Recomendación R (81) 1, de 23 de enero de 1981. Esta Recomendación se limitaba al uso de los datos en el contexto de la relación médico-enfermo ya aquellos datos que figuraban en la historia clínica individual o "expediente médico". El borrador de la nueva Recomendación aspira a regular el uso de estos datos incluso fuera de la estricta relación médico-enfermo, "dondequiera que los datos se encuentren". Por otra parte, la multiplicidad de los usuarios de estos datos da lugar a una pluralidad de expedientes o ficheros médicos, que, además de las historias clínicas, comprenden los del médico escolar, médico de empresa, médicos de Compañías de Seguros, Cajas de la Seguridad Social, etc. Por ello, resultaba insuficiente la noción de "banco de datos médicos", ya que quedaba limitada a los ficheros automatizados. La aludida multiplicidad de usuarios de los datos puede dar lugar a ficheros o expedientes que no sean llevados necesariamente con ayuda de medios informáticos, sino por medios manuales o convencionales. El texto de la Recomendación R (81) I, de 23 de enero de 1981, figura en la publicación Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, págs. 294-304.

<sup>5</sup> Ley de 30 de septiembre de 1992, por la que se modifica la ley de 31 de marzo de 1979, de regulación del uso de los datos nominativos en los tratamientos informáticos; ley de 1 de octubre de 1992, por la que se modifica la ley de 31 de marzo de 1979, de regulación del uso de los datos nominativos en los tratamientos informáticos; texto coordinado de 2 de octubre de 1992, de la ley de 31 de marzo de 1979, de regulación del uso de los datos nominativos en los tratamientos informáticos, según ha sido modificada; Reglamento granducal de 2 de octubre de 1992, de regulación de los datos nominativos médicos en los tratamientos informáticos; "Mémorial", Recueil de Législation, A-n" 74, 2 de octubre de 1992, págs. 2240-2252.

<sup>6</sup> Ley de 8 de diciembre de 1992, relativa a la protección de la vida privada con respecto a los tratamientos de datos de carácter personal, "Moniteur Belge -Belgisch Staatsblad", 18 de marzo de 1993.

<sup>2</sup> Ver nota 1.

<sup>3</sup> Decisión 88/577/CEE, de 4 de noviembre de 1988, relativa a una acción comunitaria en el campo de la tecnología de la información y de las telecomunicaciones aplicadas a la asistencia sanitaria, informática avanzada en medicina, AIM, Acción Exploratoria, "D.O.C.E." de 22 de noviembre de 1988 L 314; y Decisión 90/395/CEE, de 29 de junio de 1990, por la que se adopta un programa específico de investigación y desarrollo tecnológico sobre análisis del genoma humano, 1990-1991, "D.O.C.E." de 26 de julio de 1990, L 196.

tario (health agency). Sin embargo, la definición está concebida con gran latitud, ya que cubre, en realidad, la medicina privada, siempre que se trate de profesiones médicas reguladas por ley (registered health professionals). Esta opción deontológica tiene asimismo un apoyo en las legislaciones de Irlanda, Reino Unido, Países Bajos y España .

## II

5. Una primera cuestión hace referencia a lo que deba entenderse por datos de salud -o datos médicos, como les denominan las legislaciones que los han regulado expresamente, como las citadas ley luxemburguesa y belga. La definición no tiene un mero interés académico, ya que permite acotar el campo normativo específico. Las primeras leyes de protección de datos (ley sueca, ley danesa de ficheros públicos) diferenciaban, aun cuando les daban el mismo trato, los datos sobre enfermedades y los datos reveladores de que el interesado ha sido objeto de medidas de tratamiento psiquiátrico o medidas de rehabilitación previstas en leyes de temperancia y análogas. Es necesaria una definición sintética, que abarque también estos datos. La ley belga los define en estos términos:

"los datos de carácter personal de los cuales pueda deducirse una información sobre el estado anterior, actual o futuro de la salud física o psíquica, con excepción de los datos puramente administrativos o contables relativos a los tratamientos o cuidados médicos" (artículo 7, párrafo primero).

La ley luxemburguesa (artículo 28-1) recoge una definición parecida, aunque incluye los datos administrativos conexos:

"los que conciernen al estado físico y mental de una persona, incluidas las informaciones sociales y administrativas conexas que pudieren tener una incidencia sobre dicho estado".

Ambas definiciones se hacen cargo del hecho de que, al menos en los ficheros de datos de salud de las

instituciones sanitarias, es preciso incluir datos que no hacen referencia estrictamente al estado de salud. La definición de la ley luxemburguesa es más precisa, puesto que admite que estos datos sean considerados datos de salud sólo si pudieran tener una incidencia en el estado de salud. Por esta razón, el reglamento de aplicación de la ley (reglamento granducal de 2 de octubre de 1992) dispone (artículo 12) que los bancos de datos que contengan datos médicos deben estar estructurados de manera que permitan el tratamiento separado de los datos de identificación, los datos médicos, los datos de carácter social y los datos de carácter administrativo. El uso de técnicas biogenéticas con fines médicos obliga a ampliar la noción de datos de salud, haciéndola extensiva a los datos genéticos.

En efecto, la información genética del ADN se utiliza ya con fines de identificación. Existe el riesgo del uso de la información genética a efectos laborales, etc. Asimismo, las técnicas de reproducción asistida, cuyo uso puede considerarse atención médica, en la medida en que constituyen un remedio a la esterilidad, pueden dar lugar a ficheros informatizados de datos sobre embriones humanos, que ofrecen una especial sensibilidad. Por esta razón, el proyecto de Recomendación del Consejo de Europa sobre datos médicos incluye expresamente los datos genéticos en la definición de datos médicos:

"La expresión 'datos médicos' se refiere a todos aquellos datos de carácter personal relativos a la salud de una persona, Se refiere igualmente a los datos que tuvieren un vínculo manifiesto y estrecho con la salud, así como a los datos genéticos". -"La expresión 'datos genéticos' se refiere a todos los datos, cualesquiera que fueren, que conciernen a los caracteres hereditarios de un individuo o que guardan relación con tales caracteres y que forman el patrimonio de un grupo de individuos emparentados. Se refiere igualmente a todo dato relativo al intercambio de información genética (genes) concerniente a un individuo o a una línea genética, en relación con los aspectos, cualesquiera que fueren, que afectan al ámbito de la salud o de la enfermedad, se reconozcan o no como caracteres identificables. La línea genética está constituida por las similitudes genéticas, resultantes de una procreación, existentes entre dos o varios individuos".

Esta noción amplia de los datos médicos cubre toda información que permita formarse fácilmente una idea de la situación médica de una persona, como es su comportamiento, su vida sexual, su manera de vivir, consumo de drogas, abuso del alcohol o del tabaco. Por ello, la definición precisa que los datos deben guardar un vínculo "ma-

<sup>7</sup> Los códigos deontológicos de protección de datos no ofrecen una naturaleza normativa uniforme. Sólo las leyes del Reino Unido (sección 36-4) y de España (artículo 31) les reconocen un valor de meros códigos de buena práctica. Sin embargo, las leyes de los Países Bajos (artículo 15) y de Irlanda (sección 13-3) les confieren un valor reglamentario. La ley irlandesa exige su conversión en statutory instruments previa su convalidación parlamentaria. La ley de los Países Bajos igualmente (artículo 15) exige su aprobación por la Registratiekamer y su publicación en el "Nederlandse Staatscourant", pero limita su vigencia a cinco años.

nifiesto y estrecho" con la salud, es decir, deben tener una incidencia cierta y directa en el estado de salud. Este vínculo con la salud comprende los datos presentes y los pasados. Las extracciones de sustancias de origen humano, los injertos y los trasplantes de tejidos u órganos generan datos que hacen referencia a la salud pasada de un individuo. La sangre o los tejidos extraídos, a partir de los cuales pueden obtenerse datos genéticos mediante su análisis, no pueden, sin embargo, considerarse datos genéticos. Una definición análoga de datos de salud, basada en un criterio analítico, es la que figura en el antes citado código deontológico de protección de datos de salud de Nueva Zelanda. No obstante la diferencia de enfoque, concuerda en buena parte con las definiciones citadas de Luxemburgo, Bélgica y el Consejo de Europa:

"En el presente código de conducta se entenderá por 'información de salud' la información relativa a una persona identificable que consista en: (a) información sobre la salud de dicha persona, incluida su historia clínica; o (b) información sobre cualesquiera incapacidades que dicha persona sufra o haya sufrido; o (c) información sobre cualesquiera servicios sanitarios o de rehabilitación que se presten o hayan sido prestados a dicha persona; o (d) información dada por dicha persona en relación con la donación hecha por la misma de cualesquiera de las partes de su cuerpo o de sus sustancias corporales; o (e) información (i) derivada de pruebas o reconocimientos de partes de su cuerpo o sustancias corporales que dicha persona haya donado, o (ii) que guardare relación con cualquier parte o sustancia corporal donada o con el donante y que, directa o indirectamente, sea pertinente para la donación; o (t) información sobre dicha persona, recogida con anterioridad a la prestación de servicios médicos o de rehabilitación, o recogida en el curso de la prestación de tales servicios, y que sea pertinente a tal efecto",

El código no comprende la información laboral. Sin embargo, el sector médico tiene que ajustarse a la Privacy Act en lo que respecta a dicha información, por lo cual los empleados pueden acogerse a dicha ley en lo referente al derecho de acceso, etc. El código comprende, en cambio, la información sobre facturación de prestaciones que identifique al interesado.

6. Desde las primeras leyes de protección de datos, los datos de salud vienen siendo objeto de un trato especial. En algunas, como las leyes de Dinamarca y Noruega, la creación y utilización de los ficheros que contienen estos datos requieren una autorización administrativa. Sin embargo, hasta 1992 no han sido objeto de una regulación específica, en las leyes citadas. El Convenio del Consejo de Europa de 1981 recogió la doctrina dominan-

te y proclamó en su artículo 6 la norma de que estos datos no deberían ser objeto de tratamiento automatizado, a menos que el Derecho interno ofreciera unas garantías apropiadas, que varían de una ley a otra.

La propuesta de Directiva comunitaria de protección de datos (SYN 287, 9400/92) va más allá, en la medida en que el artículo 8-1 impone a los Estados miembros la obligación de prohibir en su Derecho interno el tratamiento automatizado de los datos de salud. El artículo 8-3 permite prever excepciones a esta prohibición, si motivos importantes de interés público así lo aconsejan. De ser así, los datos de salud podrían ser tratados automáticamente y podrían circular libremente en el seno de la Unión Europea con sujeción a las garantías que la Directiva define como límite de la libre circulación. No está claro que la atención médica constituya un "motivo importante de interés público". Habría que precisar si es éste el propósito de la Comisión Europea. Sería más claro prever una excepción expresa para el tratamiento automatizado de los datos de salud, matizando las condiciones a que debiera ajustarse el tratamiento automatizado.

7. En rigor, el problema no consiste tanto en reforzar la protección de los datos, como en armonizar el interés de la persona objeto de los datos y las exigencias de la profesión médica. La dificultad estriba en que los llamados "principios de la protección de datos" no siempre son viables a la luz de este potencial conflicto de intereses. El problema principal lo constituye la exigencia del consentimiento informado como título habilitante de la recogida de los datos. Hay ocasiones en que no es posible informar al interesado del hecho de la recogida, de la finalidad de ésta y del uso ulterior previsto. En los casos de urgencia motivada por accidentes, es práctica habitual someter al accidentado a un examen médico exhaustivo, utilizando electrocardiógrafos, scanners, análisis de sangre, etc., con los cuales se crea un fichero de datos de la salud del interesado, que asimismo permite orientar un tratamiento ulterior. En estos casos sólo es posible la información a posteriori.

8. La investigación médica suscita asimismo dificultades desde este punto de vista. Si hubiera que recabar el consentimiento previo del enfermo, podría verse seriamente obstaculizada. En este aspecto la cuestión está ligada al problema de la despersonalización de los datos. Por definición, los datos de carácter personal son los que hacen referencia a una persona identificada o identificable. Algunas personas pueden abrigar reservas en cuanto a que sus datos figuren en ficheros informatizados, con el consiguiente riesgo de una interconexión o cesión. Sin embargo, la investigación epidemiológica requiere con

frecuencia que consten los datos personales del enfermo, pues, de otro modo, no es posible en ocasiones el seguimiento de la incubación y desarrollo de la enfermedad. Asimismo, los ficheros de investigación de tumores o del cáncer han de contener el nombre de los interesados, por análogas razones. En algunos países se ha empezado a experimentar con ficheros cifrados<sup>8</sup> o con el uso de seudónimos, como es el caso de Noruega<sup>9</sup>. En Suiza se ha optado por la solución contraria, a cuyo efecto, mediante ley de 19 de junio de 1992, ha sido preciso modificar el Código penal federal, agregando un artículo 321 bis. Dicho precepto castiga la revelación de un secreto profesional del que se ha tenido conocimiento ejerciendo una actividad de investigación en el ámbito de la medicina o la sanidad pública. El nuevo precepto ha sido desarrollado por una Ordenanza de 14 de junio de 1993<sup>10</sup>. El artículo parte de la premisa de que la revelación del secreto así conocido es un delito, pero permite levantar el secreto en determinados supuestos, con intervención de una Comisión especial. Caben dos posibilidades al respecto: que el interesado consienta en la revelación de sus datos a un investigador de la medicina o de la sanidad pública, o que una Comisión de once expertos, de composición paritaria de representantes de los médicos y de los investigadores lo autorice. La Comisión fue nombrada por el Consejo Federal el 11 de agosto de 1993. Sin embargo, si el interesado se opone al levantamiento del secreto, no podrán cederse los datos a los investigadores, aun cuando la Comisión haya dado la autorización. La Comisión de expertos es una Autoridad federal independiente. En todo caso, puede recabar el informe del Comisario (Préposé) federal de protección de datos, el cual puede recurrir la resolución ante la Comisión Federal de Protección de Datos. La persona que se beneficie de la autorización y sea a tal título cesionaria de los datos, contrae la obligación de respetar el secreto médico.

La propuesta de Directiva comunitaria citada (SYN 287) no contiene normas que faciliten el uso de los tratamientos automatizados con fines de investigación epide-

---

<sup>8</sup> Cfr. LEUZE, R., *Le fichier anonyme du cancer. Une approche nouvelle*, Comunicación presentada en la XII Conferencia de Autoridades de Protección de Datos (París, 17-19 de septiembre de 1990), publicada en el volumen *XIIe Conférence des Commissaires a la Protection des Données*, París, C.N.I.L., 1991.

<sup>9</sup> Informe oficial 1993:22 de la Inspección de Datos. Documento distribuido en la reunión ad hoc sobre protección de datos celebrada en la sede de la O.C.D.E. los días 3 y 4 de noviembre de 1993 (room document O).

<sup>10</sup> Ordonnance concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale (OALSP), de 14 de junio de 1993, RS 235.154.

miológica. Al margen de la prohibición de principio del tratamiento automatizado de los datos de salud, el artículo 7 de la propuesta sólo permite el tratamiento automatizado de los datos personales, cualquiera que sea su finalidad, si el interesado ha dado su consentimiento para ello o, en su defecto, si se dan supuestos diversos, entre los cuales no figuran las necesidades de la investigación epidemiológica o científica en general, a menos que se interpretara el supuesto del apartado f) en el sentido de que el tratamiento sin previo consentimiento del interesado sea necesario para satisfacer el interés general. Esta imprecisión motivó una campaña de las Universidades y centros de investigación sanitaria en contra de esta carencia de la Directiva.

9. Otro aspecto del consentimiento estriba en el hecho de que determinados datos de salud pueden tener una repercusión en el ámbito laboral, como son las pruebas de seropositividad, los análisis del genoma, etc. Ante esta repercusión -influencia de las predisposiciones genéticas en el trato laboral, por ejemplo -es normal que los interesados se nieguen a someterse a las pruebas. La negativa a someterse a las pruebas o análisis puede dar lugar a represalias laborales. En muchos casos, no será posible obtener los datos de salud directamente del interesado, como sucede cuando se trata de menores o de mayores incapaces. En estos casos será preciso acudir al representante legal. Lo mismo sucede con los nascituri, aunque en este caso podrá aplicarse la norma de que el padre del concebido dé los datos pertinentes siempre que fuere a efectos que le sean favorables, en los términos del artículo 29 del Código civil.

10. El problema más importante que ofrecen los datos de salud es el de la multiplicidad de sus usos potenciales y, en consecuencia, de sus posibles usuarios. El profesor A.F. WESTIN ha ensayado una sistematización de los usos de los datos de salud, definiendo a este respecto tres "zonas" de flujos de estos datos: a) zona 1: atención directa del enfermo; b) zona 2: actividades administrativas; c) zona 3: usos sociales. En el gráfico adjunto puede verse un esquema de estos flujos de datos<sup>11</sup>. Estas tres "zonas" de flujos determinan otros tantos niveles de vulnerabilidad de los datos y de confianza o desconfianza de los enfermos con respecto a los médicos que los usan. En la primera, constituida por la atención médica directa, la información está protegida normalmente por

---

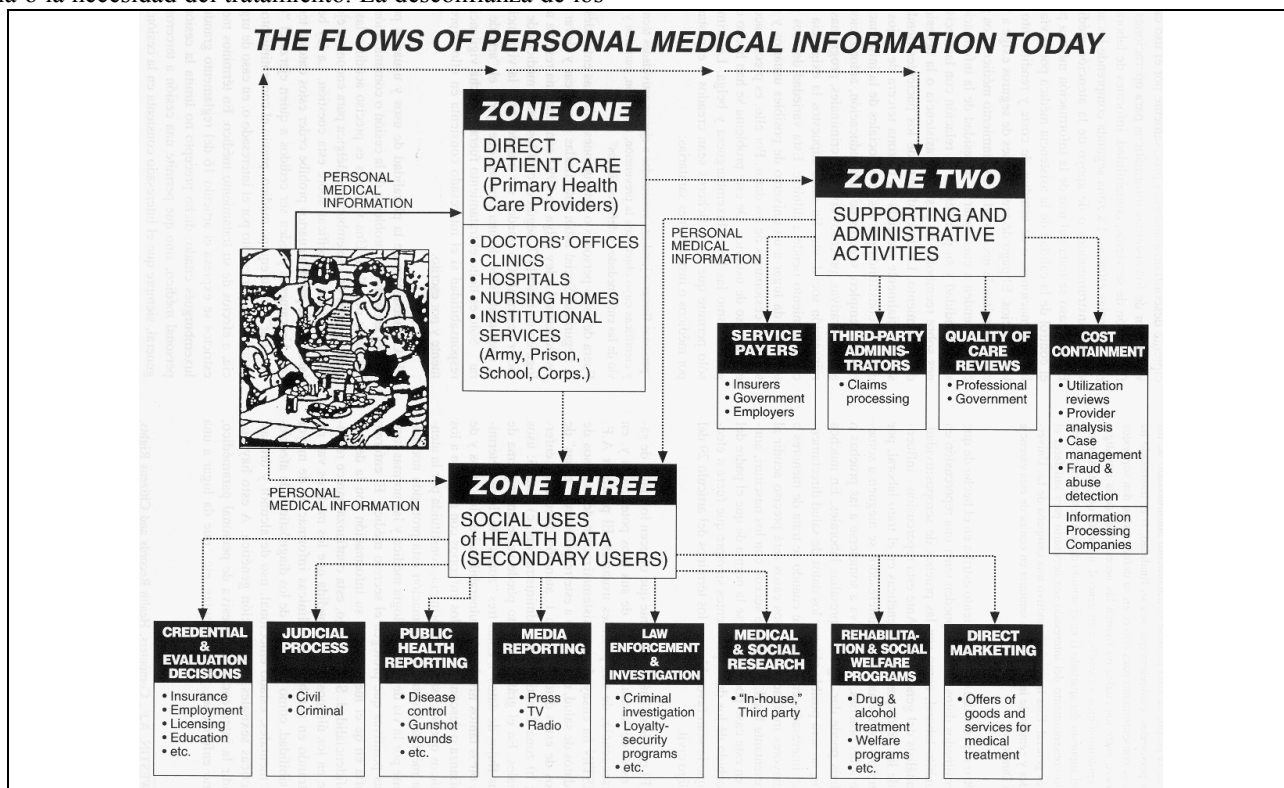
<sup>11</sup> WESTIN, A.F., *Computers, Health Records and Citizens Rights*, Washington D.C., National Bureau of Standards, 1976; actualizado en el informe *Health Information Privacy Survey 1993*, Harris-Equifax. El gráfico está tomado de este trabajo.

la vía de la deontología médica y las normas jurídicas positivas que protegen el secreto médico. El enfermo confía en que el médico trata su información con la debida confidencialidad. Sin embargo, esta confianza parece resentirse en los últimos años, a medida que los médicos van registrando en sus historias clínicas información de mayor sensibilidad, como es el caso de los diagnósticos de afecciones mentales, estado emocional, uso de alcohol y drogas, prácticas sexuales, información genética. A esto hay que añadir la intervención progresiva de personal paramédico, como enfermeras, fisioterapeutas, etc., que da lugar a una difusión de la información dentro de un círculo mayor, excediendo ampliamente la relación médico-enfermo. Esta incipiente desconfianza aumenta precisamente por el uso cada vez mayor de los sistemas informáticos para operaciones de facturación de servicios, contabilidad, informes de laboratorio e historias clínicas. La zona segunda comprende las actividades instrumentales o de apoyo de la atención médica. En este caso se trata del uso de la información médica para el control de la calidad de la asistencia médica por la vía de las reclamaciones, o de estudios de coste y rendimiento de los servicios. El pago de prestaciones de seguros exige a veces determinar la necesidad del tratamiento médico. Los pacientes tienden a cuestionar la necesidad de la información, su profundidad y su pertinencia en relación con las decisiones sobre reembolso de gastos de asistencia o la necesidad del tratamiento. La desconfianza de los

pacientes tiende a ser especialmente marcada en la zona tercera de flujos de datos, la constituida por los usos sociales de la información médica: empleo, seguros de vida, educación, autorizaciones administrativas, procesos civiles o criminales, programas de reinserción social, etc. En estos supuestos la exigencia del consentimiento tiende a diluirse. Esta variedad de usos potenciales da lugar a un universo de posibles usuarios y potenciales cesionarios de los datos. Por ello, es preciso acotar el universo de usuarios. De este problema se han hecho cargo asimismo las leyes luxemburguesa y belga. La primera sólo permite que estos ficheros sean creados o explotados por médicos o instituciones sanitarias:

"personas físicas o jurídicas autorizadas a ejercer actividades técnicas y científicas cuyo objeto sea la prevención, detección, curación y alivio de las enfermedades y defectos físicos"

Fuera de estas personas o instituciones, sólo las entidades de la Seguridad Social están autorizadas para crear y llevar estos ficheros. La ley belga de 1992 contiene una reserva análoga en su artículo 7, según el cual los datos médicos de carácter personal sólo pueden ser tratados bajo la vigilancia y la responsabilidad de una persona que ejerza el 'arte de curar'. Sólo es lícito el tratamiento fuera de dicha vigilancia y responsabilidad si el interesado consienta en ello expresamente y por escrito.



11. Consecuencia de la pluralidad de usos y usuarios posibles es asimismo el problema de la cesión o comunicación de los datos de salud. Una vez más es preciso acudir a las recientes leyes de Luxemburgo y Bélgica para encontrar ejemplos de reglas específicas sobre esta cuestión. La ley belga (artículo 7, párrafo cuarto) prohíbe ceder estos datos a terceros. Únicamente pueden ser cedidos a quien ejerza el "arte de curar" y a su equipo médico, previo el consentimiento especial dado por escrito por el interesado o, en caso de urgencia, a efectos de su tratamiento médico. En términos menos estrictos se expresa el artículo 16 del reglamento granducal luxemburgués citado: dicho precepto no limita la cesión al personal médico, sino que permite una cesión a terceros en general, siempre que el interesado consienta en la cesión. En cambio, matiza que la exigencia del consentimiento escrito puede obviarse cuando el interés directo del enfermo exige la cesión y puede presumirse el consentimiento.

12. Por último, algunas legislaciones, como la francesa (1978), y la belga (artículo 10, § 3) y la luxemburguesa (artículo 28-1) citadas, prevén que el derecho de acceso a los datos de salud sea ejercido por conducto de un médico de confianza del enfermo, sin duda con el fin de facilitar la comprensión de la información. También la ley federal suiza de 1992 ha regulado este derecho de acceso indirecto, pero en sentido contrario: el artículo 8-3 prevé que el responsable del fichero confíe a un médico el cuidado de informar al interesado de los datos sobre su salud, cuando se trate de aclaraciones nocivas (*éclaircissements dommageables*), supuesto que se da cuando se revela a un paciente que no está preparado la verdad sobre su estado de salud, de tal manera que dicho estado se deteriore como consecuencia de la revelación. El propósito de esta norma de la ley federal suiza es salir al paso de que el responsable del fichero invoque este riesgo de deterioro de la salud del interesado como razón para denegar el acceso a sus datos.

### III

12. La L.O. 5/1992, de 29 de octubre (en adelante "la ley") menciona los datos de salud, o datos relativos a la salud, en los artículos 7-3,8, 11-2 n, y 33 c), a la vez que el artículo 30 se refiere al caso de la utilización de los datos de carácter personal en la investigación médica. La ley es poco clara en lo relativo a los datos de salud, debido a que el artículo 8, que es el precepto principal que la ley dedica a estos datos hace remisión a la legislación sanitaria y de farmacia. Por ello, para determinar la regu-

lación de la ley en materia de datos de salud es preciso construir el régimen específico de la protección de estos datos, tomando como base no sólo la L.O.5/1992, sino asimismo el resto de la legislación aplicable. Ante todo, la L.O. 5/1992 no contiene una definición de los datos de salud, aun cuando los menciona en varios artículos, sin emplear siempre la misma expresión. El epígrafe del artículo 8 habla de datos de salud. Sin embargo, en los artículos 7, 11-2 n y 33 c) se habla de "datos relativos a la salud" o "datos de carácter médico". Si las dos primeras expresiones son sinónimas, la tercera podría referirse a otro concepto. Cabría distinguir entre datos de salud y datos de carácter médico o datos médicos, en la medida en que estos últimos son los que hacen referencia, no al estado de salud, sino a los generados por la atención médica. La ley ha seguido el criterio de calificar a los datos de salud de datos sensibles -por usar la expresión ya consagrada. Los datos de salud son datos especialmente protegidos, según el artículo 7-3 de la ley, con lo cual se cumple la exigencia del artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa de que sólo deben tratarse automáticamente estos datos si el ordenamiento interno prevé unas garantías apropiadas. Esta especial protección consiste en la exigencia de una disposición de rango legal como título habilitante para "recabar, tratar automatizadamente y ceder" o, en su defecto, el consentimiento expreso del interesado. A diferencia de los demás datos sensibles a que se refiere el artículo 7 (datos de ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual), la ley no prohíbe crear ficheros cuya finalidad exclusiva sea almacenar datos de salud

13. El régimen de los datos de salud se aparta del régimen general en lo que respecta a las normas de los artículos 5, 6 y 11 de la L.O. 5/1992. A este respecto, la ley no contiene un régimen uniforme. La regulación del uso de los datos médicos es distinta según que el responsable del fichero o tratamiento sea un profesional médico privado o una institución sanitaria, pública o privada.

### IV

14. La recogida de los datos se rige por la regla general del artículo 5-1, según la cual, en el momento de la recogida de los datos el afectado (enfermo, en este caso) debe ser informado de la existencia del fichero (historia clínica creada o por crear) y de la identidad y dirección del responsable. Según la norma general, debe informarse al interesado de la obligatoriedad o voluntariedad de las respuestas, de las consecuencias de negarse a dar los datos, y de la posibilidad de ejercitar el derecho de acce-

so, rectificación y cancelación. Esta información no será necesaria si el que recaba los datos es un médico particular, puesto que, a tenor de lo previsto en el artículo 5-3, la naturaleza de los datos recabados y las circunstancias en que se recaban permiten deducir claramente esta información prevista en el artículo 5-1. Aun cuando no se aplique esta norma del artículo 5-1, en todo caso es preciso que el paciente consienta en dar sus datos. Esta es la norma general del artículo 6-1 y no son aplicables las excepciones del artículo 6-2. El único supuesto que correspondería a la relación médico-paciente es el de dos personas vinculadas por un contrato (de prestación de servicios) para cuyo cumplimiento sean necesarios los datos. Sin embargo, en el caso del contrato entre el médico y el paciente los datos de salud sólo pueden ser recabados, tratados automáticamente y cedidos si el afectado consiente expresamente, según dispone el artículo 7-3. Ninguna de las excepciones que el artículo 22 prevé para restringir el derecho de acceso, rectificación y cancelación es aplicable a este supuesto. La remisión del artículo 8 de la L.O. 5/1992 a la legislación sanitaria afecta también a los profesionales libres de la medicina -si así puede entenderse la expresión "los profesionales correspondientes" del artículo 8. Hay que entender, por ello, que los derechos que figuran en la "carta del enfermo" del artículo 10 L.G.S. vinculan también a los médicos privados, los cuales están, por tanto, obligados a la confidencialidad de toda la información relacionada con el proceso del enfermo que recojan en sus historias clínicas informatizadas (artículo 10-3 L.G.S.). Asimismo, están obligados a advertir al enfermo de si los datos informatizados van a ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación y a recabar su consentimiento previo por escrito (artículo 10-4 L.G.S.).

15. El artículo 10-5 de la L.G.S. reconoce al enfermo, entre sus derechos, el de que se le dé en términos comprensibles a él ya sus familiares o allegados información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. Este derecho concuerda con el derecho de acceso reconocido con carácter general por el artículo 14 de la L.O. 5/1992. Toda la información que el paciente tiene derecho a obtener se encuadra en el concepto de datos de salud del borrador de Recomendación del Consejo de Europa. La remisión que el artículo 8 de la ley hace al artículo 10 de la L.G.S. deja subsistente éste y, por tanto, impide aceptar las excepciones que prevé el artículo 22-2 de aquélla. El derecho de cancelación de los datos está, sin duda, limitado por la norma del artículo 61 L.G.S., que impone la conservación de las historias clínicas a efectos de inspección, etc. En reali-

dad, esta conservación no es sino un corolario del principio del artículo 4-5, párrafos primero y segundo, de la L.O. 5/1992. El derecho de rectificación es, sin embargo, plenamente aplicable, por cuanto que la L.G.S. no lo prevé en el artículo 10 entre los derechos del enfermo.

16. También será aplicable a la medicina privada la norma del artículo 11-2 f), in limine, que exime de la obligación de recabar el consentimiento para la cesión los supuestos en que la cesión sea necesaria para resolver una urgencia que, a su vez, requiera la consulta de un fichero automatizado de datos de salud. De acuerdo con la definición legal de cesión, como resultado de la consulta, estamos ante un caso de cesión de los datos. Otro supuesto de cesión de datos, aplicable a la medicina privada ya la pública, es el del artículo 11-6. Este precepto contempla la cesión de datos despersonalizados. Es una generalización de la norma de la ley luxemburguesa, que autoriza la cesión de datos de salud a fines estadísticos sólo previa su despersonalización. La norma del artículo 11-6 abarca este supuesto y cualquiera otro de despersonalización ("disociación") previa. En estos casos no es necesario el consentimiento, ya que los datos han dejado de ser personales. Por último, una norma aplicable a cualesquiera datos de salud' registrados en ficheros públicos o privados es la del artículo 33 c), según la cual no podrá someterse el movimiento internacional de los datos de salud a las restricciones que prevé el artículo 32 (autorización administrativa en caso de transmisión de datos a países carentes de un nivel protector adecuado), cuando se trate de intercambio de datos entre facultativos o instituciones sanitarias y lo exijan, bien el tratamiento del interesado, bien las investigaciones epidemiológicas de enfermedades o brotes epidémicos. El precepto no distingue entre médicos o instituciones médicas privados o públicos.

## V

17. El tratamiento de los datos de salud por parte de instituciones sanitarias ofrece un nivel protector inferior, en la medida en que el derecho del afectado a sus datos cede ante las necesidades de información de las instituciones sanitarias. Así se desprende de las remisiones del artículo 8 a la legislación sanitaria y de farmacia. Esto no es sino una manifestación más de un conflicto que la doctrina ya ha denunciado, entre las exigencias de los derechos y libertades y los imperativos de la protección de la salud o, en otras palabras, de los principios *libertas aegroti suprema lex* y *salus aegroti suprema lex*. Este conflicto se había venido resolviendo en el transcurso del



siglo pasado en favor de la salud pública, llegándose al extremo de que los perjuicios o daños que causaban al personal médico las prestaciones extraordinarias motivadas por epidemias y otras situaciones análogas no daban derecho a indemnización, como consecuencia, a su vez, de una exclusión de los actos administrativos de la Administración sanitaria de la revisión en vía contencioso-administrativa<sup>12</sup>. Ante todo, la obligación de informar del artículo 5-1 quiebra en los supuestos de los artículos 2º y 3º de la L.O. 3/1986, de Medidas Especiales de Salud Pública. Cuando las autoridades sanitarias aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población, debido a la situación sanitaria concreta de una persona o de un grupo de personas, o a las condiciones sanitarias en que se desarrolla una actividad, podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de las personas. Lo mismo sucede cuando, al objeto de controlar las enfermedades transmisibles, las autoridades sanitarias adopten medidas de control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con aquéllas, y cualesquiera otras medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Si estas medidas requieren la creación y utilización de ficheros de datos automatizados de los interesados, habrá que entender, a tenor de la remisión del artículo 8 de la L.O. 5/1992, que no será preciso cumplir con los requisitos de los artículos 5-1 y 6-1<sup>13</sup>. Se trata propiamente de una regulación paralela a la del artículo 20-3. Al igual que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden recoger y tratar automáticamente datos personales, incluso de los que el artículo 7 enumera como datos especialmente protegidos -ideología, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual -cuando así fuere necesario para prevenir un peligro real para la seguridad pública, cabe admitir que en los casos de peligro para la salud de la población -que es parte de la seguridad pública -las autoridades sanitarias o incluso las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a requerimiento de dichas autoridades, podrán recoger y

<sup>12</sup> Todavía la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 habilitaba al Estado (base única del Título Preliminar) para imponer por vía de ley o reglamento, obligaciones y limitaciones especiales: vacunaciones, empleo de medios preventivos, el reconocimiento, el aislamiento, la hospitalización, la vigilancia y otras medidas sanitarias de prevención y tratamiento. Esta tendencia a proteger la salud en detrimento de las libertades, se denuncia, y se justifica en parte, en el Diccionario de la Administración Española de ALCUBILLA (Madrid, 1894, 5a ed.), tomo IX, artículo "Sanidad"; recientemente, ha sido asimismo denunciada por MUÑOZ MACHADO, S., La Sanidad pública en España. Evolución histórica y situación actual, Madrid, I.E.A., 1975, pp. 34- 56.

<sup>13</sup> Cfr. borrador de Recomendación del Consejo de Europa, principio 4.3

tratar automáticamente cualesquiera datos de carácter personal como instrumento de las medidas especiales. En el plano doctrinal es defendible este paralelismo, dentro del concepto material de policía desarrollado por la doctrina alemana (Gefahrenabwehr)<sup>14</sup>,

18. Asimismo quiebran las normas de los artículos 5-1 y 6-1 en los supuestos del artículo 4 de la L.O. 3/1986, en la medida en que, en los casos de escasez de medicamentos, la Administración sanitaria del Estado puede condicionar la prescripción de medicamentos o productos sanitarios a la identificación de grupos de riesgo, a análisis y diagnósticos o al envío de información a la Autoridad sanitaria. La identificación de los grupos de riesgo requerirá normalmente una recogida o tratamiento, o ambos, de datos de salud, sin previa información ni consentimiento de los interesados.

19. El consentimiento del afectado es una condición de licitud del tratamiento, tal como este concepto se define en el artículo 3 de la L.O. 5/1992. Pese a la definición legal del artículo 3, no es viable dar unas reglas que sean aplicables indistintamente a todas las fases del tratamiento. Del mismo modo que la recogida de los datos es objeto de un trato separado, también la cesión es objeto de normas específicas. La explicación puede verse en el hecho de que no toda recogida de datos se hace en soporte informatizado, como lo revela la norma del artículo 5-2 (uso de cuestionarios). La cesión puede tener lugar igualmente por medios no informatizados, sino por la mera entrega de soportes de datos. Así se deduce del artículo 3 c), que define las cesiones de datos como un resultado de operaciones diversas, tales como comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. Cabe una cesión que sea resultado de la simple transferencia de un soporte de datos. Por ello, el artículo 11 regula de modo separado el consentimiento para la cesión e incluye una norma específica para los datos de salud, que comprende dos supuestos: a) urgencia médica que requiera acceder a un fichero automatizado, y b) realización de los

<sup>14</sup> En España, Adolfo POSADA incluyó la Sanidad en el concepto de policía administrativa, en su obra La Administración política y la Administración social Exposición crítica de las teorías y legislaciones administrativas más importantes, Madrid, s.a" citado en MARTIN GONZALEZ, M., Sanidad pública: concepto y encuadramiento, Madrid, Mº de la Gobernación, 1970, pp. 432 y ss. El concepto material de policía de la doctrina alemana se basa en el concepto de "peligro" (Gefahr), que puede ser abstracto, es decir, fruto de una generalización de situaciones de peligro, o concreto; el tratamiento jurídico varía, pues el peligro abstracto requiere una regulación por disposición legal o reglamentaria de carácter general y el peligro concreto es base de una habilitación de las fuerzas de policía para adoptar medidas limitativas de los derechos o libertades. Sobre este concepto de policía, cfr., entre otros, GÓTZ, Volkmar, Allgemeines Polizeiund Ordnungsrecht, 10ª ed., Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1992.

estudios epidemiológicos previstos en el artículo 8 L.G.S. En estos supuestos no es preciso recabar el consentimiento. En caso de cesión de datos de salud, el artículo 11-2 f) dispone que el consentimiento no es preciso si el cumplimiento de un contrato o relación jurídica requiere la interconexión de datos. Asimismo, en caso de cesión de datos entre Administraciones sanitarias entraría en juego la norma del artículo 11-2 e), pero no por tratarse de datos de salud, sino por ser datos necesarios para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones sanitarias.

20. La doctrina ha señalado las dificultades que ofrece en el plano jurídico el consentimiento del enfermo. El problema ha sido analizado con relación al consentimiento previo a una intervención<sup>15</sup>. En el contexto del proceso automatizado de los datos de salud, el problema ofrece una fisonomía distinta, puesto que el consentimiento que debe recabarse del enfermo se refiere a la posibilidad de recoger sus datos o someterlos a operaciones constitutivas de un tratamiento automatizado, o bien, a tenor de lo previsto en el artículo 30 de la L.O. 5/1992, se contrae a la posibilidad de que sus datos sean utilizados en una investigación médica. En cualquier caso, la ley no ofrece unos criterios para determinar la validez del consentimiento a estos efectos. El borrador de Recomendación del Consejo de Europa contiene, en cambio, un cuadro normativo básico que puede orientar la práctica médica y, en su caso, el desarrollo reglamentario de la ley. El borrador exige que el consentimiento sea "libre, expreso y consciente" (principio 6.1). Esto no impide que pueda obtenerse de manera codificada, mediante tarjetas de memoria, que ya empiezan a ser utilizadas con fines médicos y cuya expedición deberá requerir dicho consentimiento libre, expreso y consciente. Cabe asimismo presumir el consentimiento.

21. El artículo 23 de la L.G.S. habilita a las Administraciones sanitarias a que creen registros y elaboren análisis de información que sean necesarios para conocer las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria. La remisión que el artículo 8 de la L.O. 5/1992 hace a este precepto debe entenderse en el sentido de que las instituciones sanitarias están habilitadas asimismo a recoger y

tratar automáticamente cualesquiera datos de salud que tales análisis de información requirieren. En tal caso entraría en juego la norma del artículo 6-2, según la cual no es preciso el consentimiento para la recogida cuando los datos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias.

22. La ley prevé con carácter general en el artículo 32 la posibilidad de someter a la autorización de la Agencia de Protección de Datos la transferencia de datos al extranjero. Este precepto hace uso de la opción del artículo 12-2 del Convenio del Consejo de Europa, según el cual los Estados parte no podrán prohibir o someter a autorización administrativa el movimiento de datos con destino a otro Estado parte. Sin embargo, el apartado 3 admite que excepcionalmente, en la medida en que la legislación del Estado de origen contenga una reglamentación específica para determinadas categorías de datos o ficheros automatizados, por razón de la naturaleza de dichos datos o ficheros, la transmisión de los datos o ficheros objeto de reglamentación específica sea prohibida o sometida a autorización previa. Pero para ello es preciso que el Estado de destino no tenga en su Derecho interno una protección equivalente a la que define el Convenio. La ley española contiene una reglamentación específica de los datos de salud en sus artículos 8 y preceptos de remisión y 11-2 f). Sin embargo, no ha hecho uso de la opción del Convenio. Cualquiera que sea la regulación de los datos en el Derecho interno del Estado destinatario, sea o no parte en el Convenio (pues la ley no distingue), no procederá en ningún caso la autorización administrativa para transferir datos de salud. Así resulta del artículo 33 c). El intercambio de datos de salud entre facultativos o instituciones sanitarias de España y otros Estados no podrá ser sometido a autorización previa, siempre que se dé una de estas condiciones: a) que el intercambio de los datos venga exigido por el tratamiento del afectado, o bien b) que dicho intercambio sea necesario para la investigación epidemiológica de enfermedades o brotes epidémicos.

## VI

23. Por tratarse de ficheros de datos personales automatizados de las Administraciones públicas, el régimen jurídico de los ficheros creados por las Administraciones sanitarias -como igualmente el del Registro Nacional informatizado que prevé la ley 35/1988 -se beneficia de las excepciones que con respecto al régimen general de la ley, prevén los artículos 5, 6, 11 y 22-2. Estos artículos

<sup>15</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., La organización de los sistemas de salud (la integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios públicos), en "I Congreso Derecho y Salud", Barcelona, Asociación "Juristas de la Salud", 1993. Desde otro ángulo, el del Derecho penal, con la consiguiente problemática del consentimiento en cuanto declaración de voluntad, cfr. ROMBO CASABONA, C. M<sup>a</sup>, El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), Barcelona, Bosch, 1981, pp. 311 y ss.

contienen otras tantas soluciones para los problemas que la especificidad de los datos de salud lleva consigo en lo relativo al consentimiento, la cesión de datos y el derecho de acceso a los datos. La norma del consentimiento previo para la cesión, que tiene su expresión en el artículo 11-1, in fine, es objeto de dos excepciones en los artículos 11-2 e) y t). La primera es aplicable, no por tratarse de datos de salud, sino porque es una cesión de datos entre Administraciones públicas. La cesión debe ajustarse, sin embargo, a lo dispuesto en el artículo 19-1: no es admisible la cesión de los datos si la Administración pública cesionaria no es una Administración sanitaria o, aun siéndolo, ejerce competencias diferentes. Esta norma general concuerda con la del artículo 23 de la ley General de Sanidad, al cual se remite el artículo 8 de la ley, y que impone a las Administraciones sanitarias un deber de colaboración "de acuerdo con sus competencias", en lo que respecta a los estudios y análisis de situaciones que requieran la intervención de la autoridad sanitaria. La segunda excepción (artículo 11-2 t), in fine) es, en cambio, específica de los datos de salud y se refiere a los estudios epidemiológicos que prevé el artículo 8 de la ley General de Sanidad. Habrá que entender que los datos registrados en historias clínicas informatizadas deberán ser cedidos obligatoriamente a efectos de la realización de los estudios epidemiológicos. El precepto no precisa si se trata de una cesión entre Administraciones públicas sanitarias o si cabe que el cesionario sea una institución médica privada u otra organización pública ajena a la Administración de la Sanidad, como una Universidad, por ejemplo. El artículo 8 de la ley General de Sanidad obliga a limitar el ámbito de estas cesiones a las instituciones que integran el Sistema de Salud y, por tanto, a las Administraciones sanitarias. En otro caso, no procederá la cesión de datos de historias clínicas sin el consentimiento del interesado. En todo caso, no hay que olvidar la norma del artículo 11-5 de la ley, según el cual el cesionario se obliga, por el hecho de la cesión, a la observancia de las disposiciones de la ley 24. El artículo 22-2 es aplicable asimismo al acceso a los datos de salud registrados en ficheros de las Administraciones sanitarias. Cabe pensar que el ejercicio del derecho de acceso o de rectificación con relación a datos de una historia clínica no proceda por ser contrario al interés general o a un interés prevalente de un tercero. Pero en este caso, la Administración sanitaria titular o responsable del fichero deberá dictar resolución motivada. La ley no contiene una norma de acceso indirecto, análoga a la que prevén las leyes francesa, belga y luxemburguesa, que permite al interesado acceder a los datos por conducto de un médico de su confianza.

25. Además de estas normas de excepción, que siguen, en realidad, el régimen general de la ley pero aplicado al contexto de los datos de salud, los ficheros previstos en los artículos 61 de la ley General de Sanidad y 85-5, 96 y 98 de la ley del Medicamento contienen algunas normas específicas sobre el régimen de las historias clínicas informatizadas y sobre el tratamiento informatizado de las recetas y órdenes médicas. El artículo 61 L.G.S. limita el colectivo de los usuarios de las historias clínicas al personal médico y de inspección; habrá que entender que la cesión de los datos de la historia clínica a empresas o a compañías de seguros requerirá el consentimiento del enfermo. Por lo que se refiere al fichero de recetas y órdenes médicas, los artículos 96 y 98 de la ley del Medicamento prevén un régimen análogo al de los datos estadísticos, puesto que lo que se pretende con el tratamiento informático es evaluar las prescripciones por áreas, zonas, terapias, grupos poblacionales y otras circunstancias, sin que los resultados puedan difundirse sino en forma agregada (despersonalizada). Se trata, por ello, de un fichero estadístico, que, en lo no previsto en dichos preceptos, se regirá por la ley 12/1989, de la Función Estadística Pública o por las leyes autonómicas de Estadística.

26. Con anterioridad a la L.G.S. disposiciones diversas habían ido creando ficheros de datos de carácter personal relacionados con la salud. La mayoría preveían su explotación informatizada o, al menos, contenían normas que incidían en el contexto del uso de los datos, fueran o no automatizados. Es el caso de los ficheros de hemodadores<sup>16</sup>, los ficheros de donantes de órganos para trasplantes<sup>17</sup>, los ficheros de recetas médicas<sup>18</sup>. Estos ficheros, así como los que prevén la ley General de Sanidad (artículo 61) y la ley del Medicamento (artículo 85-5) son ficheros públicos de datos de carácter personal. Como tales, su creación debe seguir el cauce del artículo 18. Deben ser creados por disposición general. Si se trata de

---

<sup>16</sup> Decreto 1574/1975, de 26 de junio, por el que se regula la hemodonación y los bancos de sangre ("B.O.E." de 17 de julio); Orden de 24 de octubre de 1979, del MB de Sanidad y Seguridad Social, por el que se actualizan las normas publicadas por la Orden de 14 de mayo de 1976, de desarrollo y aplicación del Decreto 1574/1975.

<sup>17</sup> Ley 30/1979, de 7 de octubre ("B.O.E." de 6 de noviembre), sobre extracción y trasplante de órganos; Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero ("B.O.E." de 13 de marzo), de desarrollo de la ley 30/1979; Resolución de 27 de junio de 1980 ("B.O.E." de 2 de julio), de la Secretaría de Estado para la Sanidad, sobre la Organización Nacional de Trasplantes y Laboratorios de Diagnóstico e Histocompatibilidad; Resolución de 27 de junio de 1980 ("B.O.E." de 2 de julio), de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se desarrolla el Reglamento de la ley de Trasplante de Organos.

<sup>18</sup> Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre ("B.O.E." de 29 de octubre), de Receta Médica.

ficheros cuyo titular es una institución sanitaria del Estado, deberán serlo por disposición general publicada en el "Boletín Oficial del Estado"; si el titular es una Administración sanitaria autonómica, la disposición se publicará en el diario o boletín oficial correspondiente. La ley no exime a los ficheros de datos de salud de esta formalidad, ni de la aplicación de la disposición adicional 2., apartado 2. Por tanto, los ficheros de las distintas Administraciones sanitarias deberán ser convalidados, como cualesquiera otros, mediante la disposición pertinente, de creación o adaptación. En todo caso serán de aplicación a estos datos los principios del artículo 4 de la ley.

27. La investigación médica es objeto de atención en tres preceptos de la ley: el artículo 30-1, el artículo 11-2 *n*, in fine, y, por vía de remisión, el artículo 10 de la ley General de Sanidad. El artículo 30-1 de la ley y el O L.G.S. concuerdan en la exigencia del consentimiento para la utilización de datos en proyectos de investigación. El último de estos preceptos exige que el consentimiento sea prestado por escrito. Cabría entender que, fuera del ámbito de la Sanidad pública, al cual se refiere el artículo 10-4 L.G.S., el uso de los datos para la investigación médica sólo requiere el consentimiento expreso, no escrito. En el caso de las investigaciones epidemiológicas, en cambio, el consentimiento no será necesario.

28. La ley no contiene mención alguna de los datos genéticos. Sin embargo, estos datos están protegidos, aunque sólo con relación al contexto específico de la reproducción humana asistida. En otros contextos, como el uso del análisis de ADN con fines de identificación, no está reglamentado el uso de los datos genéticos<sup>19</sup>. La disposición final tercera de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, encomienda al Gobierno que en el plazo de un año desde la promulgación de la ley, regule la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana. Este Registro informatizado deberá contener la información siguiente: a) donantes, b) hijos nacidos de cada donante, c) identidad y localización territorial de las parejas o mujeres receptoras. La ley permite construir un régimen jurídico específico de estos datos, estén o no en el Registro Nacional informatizado. En todo caso, la ley (artículo 18) declara aplicable la ley General de Sanidad a los Centros o Servicios que realicen las técnicas de reproducción asistida, ya los Bancos de

recepción, conservación y distribución de material biológico humano, en cuanto Centros y Servicios sanitarios, públicos o privados. Cabe inferir de la ley que estas técnicas constituyen actos médicos y, por tanto, que los datos generados son datos de salud.

29. La primera norma protectora de estos datos es la propia disposición final tercera, que exige que los datos estén codificados ("en forma de clave") y rodeados de las garantías precisas de secreto. La codificación de los datos la exige asimismo el artículo 5-5. Asimismo, el artículo 7-2, según el cual la inscripción en el Registro Civil de los nacidos con técnicas de reproducción asistida no reflejará en ningún caso datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación. Esta disposición se integra en el conjunto de las que rigen los ficheros automatizados del Registro Civil y que la L.O. 5/1992 deja intactos en virtud del artículo 2-3 c).

30. Al margen de estas disposiciones relativas al Registro Nacional de donantes ya la constancia registral de los nacidos es previsible que se creen ficheros informatizados con datos de donantes y de preembriones para gestionar la información relativa a los Bancos de gametos previstos en los artículos 5-5, 11, y 18 y D.F. 3a b). Asimismo, el artículo 2-5 prevé la formación de historias clínicas individuales con los datos relativos a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En estas historias clínicas, que normalmente serán ficheros automatizados de datos, la información debe ser tratada con las reservas exigibles y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. Igualmente, el artículo 19 prevé la formación de historias clínicas con todas las referencias exigibles sobre los donantes y los usuarios, incluyendo información sobre los consentimientos firmados para la realización de la donación o el uso de las técnicas.

31. El artículo 5-5, párrafos segundo y tercero, reconoce un derecho de acceso a los datos de la línea genética. Este derecho corresponde a los nacidos con técnicas de reproducción asistida y a las receptoras de gametos. Aun cuando, por usar la terminología de la L.O. 5/1992, los afectados por estos tratamientos de datos son los donantes y los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, el acceso sólo se reconoce a los hijos. Sin embargo, no cabría negar el acceso a los datos al propio donante, al amparo del artículo 14 de la L.O. 5/1992, ya que sus datos están registrados en el fichero informatizado. En uno y otro caso, el objeto del acceso es distinto. Los donantes tienen derecho a saber si sus datos están correctamente registrados. En cuanto a los

<sup>19</sup> Sobre el uso de los análisis de ADN en el marco del proceso penal, cfr. la Recomendación R (92) I del Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobada el 10 de febrero de 1992 (L'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale).

hijos, el objeto del acceso es la información general sobre los donantes, pero no comprende la identidad de éstos. En circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante. Para ello es preciso,

además, que la revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En todo caso, esta revelación de la identidad del donante no implica determinación legal de la filiación (artículo 8-3). La revelación tendrá carácter restringido y no implicará publicidad de la identidad del donante.



# Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: La mejora directa de prestaciones

Determinación del hecho causante de la invalidez a efectos de obtener las prestaciones debidas. Un comentario a la STS (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 1993.

*Margarita Isabel Ramos Quintana*  
Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1.- Las mejoras voluntarias como parte integrante de la llamada "Seguridad Social complementaria". 2.- La mejora directa de prestaciones de la Seguridad Social: características básicas. Su naturaleza de condición más beneficiosa. 3.- Un caso concreto de mejora directa por invalidez: momento en que se entiende producido el hecho causante y determinación del sujeto responsable del pago de la misma.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1993 viene a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa de seguros "Mapfre Vida" contra la sentencia del TSJ de Asturias, sobre indemnización por accidente de trabajo. Dicha sentencia condenó a la empresa aseguradora a pagar la indemnización pactada en convenio colectivo para casos de accidente de trabajo con resultado de invalidez permanente. El litigio se plantea al haber concertado previamente la empresa el aseguramiento de la mejora mediante póliza de seguros incluyendo la cobertura de dicho riesgo con otra entidad aseguradora. Vigente la misma, se produce el accidente y, en consecuencia, el trabajador entra en situación de incapacidad laboral transitoria. Con posterioridad, será dado de alta médica y declarado afecto de una incapacidad permanente absoluta, pero, en ese momento, la empresa ya había suscrito una nueva póliza con la empresa recurrente.

El conflicto planteado se centra en determinar cuándo se entiende producido el hecho causante con el objeto de precisar cuál es la entidad responsable del pago de la mejora pactada.

## 1.-Las mejoras voluntarias como parte integrante de la llamada "Seguridad Social complementaria"

Tradicionalmente, se ha venido hablando de una "Seguridad Social complementaria"<sup>1</sup> como otro nivel de protección añadido a la denominada "Seguridad Social básica". Esta última aparece configurada en tomo al "régimen público de Seguridad Social básica" que el art. 41 CE obliga a mantener para todos los ciudadanos. De ella se señalan como características identificadoras su naturaleza pública, obligatoria, mixta (de naturaleza contributiva y asistencial) y, en ese sentido, básica. Frente a ella y como apéndice del sistema de Seguridad Social trazado según los caracteres citados, se encuentra la "Seguridad Social complementaria" que presenta una naturaleza privada y es de creación voluntaria.

---

<sup>1</sup> Comprensiva de una acción protectora complementaria interna al sistema de Seguridad Social junto a fórmulas de protección voluntaria en su condición de acción protectora externa a dicho sistema, vid. G. GARCÍA BECEDAS, "La Seguridad Social complementaria en España" en 111 Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 18. El subrayado, en el original.

Bien es cierto que el importante deterioro que ha sufrido el sistema de protección pública a raíz de la crisis económica, impulsando medidas de política de ahorro en el gasto de seguridad Social, ha traído consigo un importante desarrollo e incremento de la protección social complementaria.

Sin embargo, dentro de la Seguridad Social complementaria se incluyen prestaciones tan diversas en su concepción y gestión como los Servicios Sociales (a través de los que se ofrecen prestaciones de carácter colectivo, atendiendo al estado de necesidad específico que padece un determinado grupo social), la Asistencia Social (con prestaciones individualizadas y, por último, las Mejoras Voluntarias (verdaderos complementos que se añaden a la acción protectora de la Seguridad Social).

Desde luego que los Servicios Sociales ex art. 20.1, e, de la Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (LGSS) integran hoy la Seguridad Social complementaria, pues por medio de ellos se ofrece toda una serie de prestaciones distintas del cuadro de prestaciones básicas que establece el art. 20 de la LGSS. Tales Servicios suponen una "extensión" objetiva del campo de acción protectora de la Seguridad Social (art. 24 LGSS) y en ellos encuentra su ubicación el atendimiento de la tercera edad, ayudas a minusválidos, tratamiento específico de toxicómanos, etc. Se trata de colectivos perfectamente definidos a los que va dirigida la protección. La pertenencia a dichos colectivos determina el derecho a la protección a través del Servicio en cuestión.

En cuanto a la Asistencia Social, se perfila con caracteres diversos en la medida en que ofrece un grado de protección, también distinto del básico, pero atendiendo a situaciones claramente individualizadas. Son sus beneficiarios las personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social, así como sus familiares o asimilados (art. 36 LGSS), siempre que padezcan una situación de necesidad que haga justificable la prestación de servicios económicos por no disponer de los recursos indispensables para hacer frente a tal situación. Demostrada la situación de necesidad, lo que no resulta exigible ante casos de urgencia, se tiene derecho a su disfrute, con la limitación

prevista por el precepto citado, esto es, dependiendo de la cuantía de los fondos asignados anualmente a este fin<sup>2</sup>. Al tratarse de Seguridad Social complementaria, las Comunidades Autónomas pueden crear, con cargo a sus propios presupuestos, otras vías de protección social, como de hecho ha ocurrido con las "rentas mínimas" o "salarios de inserción"<sup>3</sup>.

Sin embargo, las Mejoras Voluntarias establecidas por el art. 21 LGSS son auténticos complementos y en esa medida "se superponen"<sup>4</sup> a las prestaciones básicas. Pero su origen es absolutamente extraño al sistema de protección que brinda la Seguridad Social, aun cuando la LGSS regula los distintos tipos de mejoras que podrían llegar a establecerse (arts. 181 a 185). El carácter voluntario que presentan las mismas en su constitución, la iniciativa privada en cuanto a su creación y la posible negociación en convenio de su contenido permiten calificar a las mejoras voluntarias como Seguridad Social "complementaria impropia"<sup>5</sup>. Por concretar más aún, aquellas mejoras que siendo voluntarias requieren para su gestión la colaboración de las entidades de la Seguridad Social todavía podrían ser tildadas de Seguridad Social complementaria, pero las restantes que permanecen en su creación, reconocimiento y gestión en el ámbito de la iniciativa privada no cabe la menor duda de que quedan fuera de! ámbito objetivo de la Seguridad Social

<sup>2</sup> Sin embargo, una vez concedidas las ayudas (sanitarias o económicas) de Asistencia Social -acto administrativo enteramente discrecional deben ser dispensadas en la modalidad y cuantía fijada en el acto de concesión, J. L. ALMANSA PASTOR, Derecho de la Seguridad Social (6. edic.), Madrid, Tecnos, 1989, p.524. Por ello, el inciso final del art. 36.2 LGSS debe calificarse de inconstitucional por contrario al art. 24 CE, pues declara la irrecorribilidad de los actos en materia de asistencia social, vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZALEZ ORTEGA, Compendio de Seguridad Social (4. edic. renovada), Madrid, Tecnos, 1991, p. 121.

<sup>3</sup> Vid. al respecto, M.R. ALARCON CARACUEL, "La integración de los Servicios Sociales y de la Asistencia Social en la Seguridad Social", Temas Laborales, 1986, n° 7, p. 9 y ss. Para un estudio comparativo de las experiencias autonómicas en materia de renta mínima, M. AL VAREZ DE LA ROSA, "Renta mínima y Asistencia Social en la Comunidad Autónoma de Canarias en Estudios Jurídicos (Libro Conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de la Laguna), 1993, Vol. 1, p. 29 y ss.

<sup>4</sup> J.L. ALMANSA PASTOR, Derecho de la Seguridad Social, cit., 512.

<sup>5</sup> M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZALEZ ORTEGA, Compendio de Seguridad Social. cit., p. 120.



El soporte constitucional para el mantenimiento de las mejoras voluntarias lo constituye el inciso final del art. 41 CE, precepto que después de ordenar a los poderes públicos que mantengan un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, señala que "la asistencia y prestaciones complementarias serán libres". La ambigüedad del texto constitucional en este punto ha dado origen, como se sabe, a diferentes interpretaciones en cuanto al significado que ha de darse a la expresión "serán libres". Se ha entendido que frente al régimen público, básico o mínimo y obligatorio del párrafo primero, este segundo ámbito de protección resulta complementario, voluntario y, para algún sector de opinión, evidentemente, privado -por oposición al público-, mientras que otra corriente se inclina por aceptar dicha complementariedad al sistema de Seguridad Social tanto por iniciativa pública como privada<sup>6</sup>. A estas alturas del desarrollo de ese debate, no cabe la menor duda de que la realidad ha venido a demostrar que es posible encontrar "un nivel complementario de seguridad social (integrado en el propio sistema) voluntario en su constitución o concertación de la cobertura y de gestión pública, sin perjuicio de la convivencia con la "iniciativa privada en el establecimiento de mecanismos de protección complementaria (la cual) será libre"<sup>7</sup>.

En definitiva, pues, la Seguridad Social española presenta en su estructura una "dualización de la protección"<sup>8</sup> con un régimen público que garantiza un nivel mínimo o básico de prestaciones y que coexiste con unas prestaciones (ni siquiera otro régimen) complementarias de carácter libre o

voluntarias, cuya naturaleza, como se ha visto, puede ser pública o privada.

## 2. La mejora directa de prestaciones de la Seguridad Social: características básicas. Su naturaleza de condición más beneficiosa.

En el marco de la Seguridad Social complementaria es posible encontrar distintos tipos de Mejoras Voluntarias, tipología que arranca de la ordenación que por medio de la Orden de 28 de diciembre de 1966 (OMV) -modificada parcialmente por las de 21 de abril de 1967, 28 de septiembre de 1968 y 25 de marzo de 1969<sup>9</sup> da cierta estabilidad al sistema de mejoras y que, en parte, conserva la LGSS. Es posible, así, aludir, en primer lugar, a mejoras por aumento de la base de cotización (con el objeto de acercar las bases tarifadas procedentes de la Ley de Bases de 1966 a los salarios reales. Este tipo desaparece con la LGSS porque los salarios reales pasan a integrar las bases de cotización)<sup>10</sup>; en segundo lugar, mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales (su finalidad, claramente, consiste en permitir una revalorización de las pensiones ya causadas, así como de las que puedan causarse en el futuro por iniciativa de trabajadores y empresarios, quedando el Estado al margen de esta vía de

<sup>6</sup> Para un seguimiento de las distintas interpretaciones vid. A. BARRADA RODRIGUEZ, 'Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978', R.S.S., 1979, n° 2. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Los derechos a la Seguridad Social ya la salud en la Constitución" en A.A.V.V., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Madrid, CEC, 1980. E. BORRAJO DACRUZ, "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", R.T., 1982, n° 65. F. SUAREZ GÓZALEZ, "La Seguridad Social y la Constitución de 1978", PEE, 1982, n° 12/13. J. VIDA SORIA, "La Seguridad Social en la Constitución de 1978", Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social, Madrid, IELSS, 1984.

<sup>7</sup> M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución". cit., p. 330.

<sup>8</sup> En expresión de G. GARCIA BECEDAS, "La Seguridad Social complementaria...", cit., p. 31.

<sup>9</sup> Después de que el Decreto de 21 de marzo de 1958 las admitiera sólo por decisión unilateral del empresario, y luego con carácter inmediato y al amparo de la Ley de convenios colectivos de 24 de abril de 1958, pudieran ser pactadas colectivamente; por su parte el Decreto 56/1963, de 17 de enero y la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 incidirán, a su vez, en la configuración del sistema de mejoras, manteniendo la Ley General de Seguridad Social de 1966 un sistema análogo al de 1963.

<sup>10</sup> La imposibilidad de seguir pactando mejoras de este tipo fue posteriormente ratificada mediante la Resolución de 26 de diciembre de 1984, que vino a mantener las mejoras en la cuantía que tuvieran al 31 de diciembre de ese mismo año, hasta tanto fueran absorbidas por las bases de cotización obligatorias. En consecuencia, declara que "no procederá la aprobación u homologación de nuevas mejoras de la base de cotización, ni el incremento de las ya existentes". Con opinión crítica en este punto, se ha entendido que dicha Resolución no tiene el suficiente rango normativo como para "impedir que a través de los convenios colectivos se mejoren las bases máximas de cotización, no y puede lesionar los derechos adquiridos de los trabajadores a prestaciones superiores", J.L. ALMANSA PASTOR Derecho de la Seguridad Social, cit., p. 515.

revalorización de pensiones)<sup>11</sup>; y, por último, existe un tercer tipo consistente en la llamada mejora directa de prestaciones, concebidas por la OMV de forma dependiente y subsidiaria respecto de las mejoras por aumento de las bases de cotización y pasando a convertirse en la actualidad en la principal y más importante fuente complementaria de la Seguridad Social, las cuales son aquí el centro de atención al constituir el tipo de mejora objeto de litigio resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1993.

La razón de ser de estas mejoras voluntarias guarda relación con el afianzamiento de un modelo contributivo de Seguridad Social que ha venido caracterizando el sistema español, en la medida en que la cuantía de las prestaciones depende en general de la cantidad global cotizada y, por consiguiente, la protección que de la Seguridad Social puede obtenerse se hace depender del mayor o menor grado de cotización de los beneficiarios. Es más, las mejoras voluntarias sólo encuentran sentido en un modelo contributivo de Seguridad Social, donde se parte como presupuesto básico de la idea de insuficiencia de la protección del sistema en sí mismo considerado, al margen de incorporar un trato desigualitario entre la población protegida, propiciando, insolidariamente, un mayor nivel de prestaciones para determinados colectivos de trabajadores frente a otros a quienes, por razones obvias, no alcanza la mejora<sup>12</sup>.

La naturaleza jurídica compleja<sup>13</sup> de la mejora directa de prestaciones, no impide, sin embargo, extraer algunas características identificadoras de las mismas:

a) Su creación voluntaria. El establecimiento de la mejora puede provenir de la voluntad unilateral del empresario (complementos en las prestaciones de incapacidad laboral transitoria, invalidez

provisional o permanente, jubilación, muerte y supervivencia, etc), pasando entonces a formar parte del contrato de trabajo de aquellos trabajadores afectados por la decisión empresarial, o bien, por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador a título individual. La voluntariedad, como elemento definitorio de la mejora de prestaciones, se pone de manifiesto, particularmente, en aquellos casos en que la financiación de la mejora no corre exclusivamente a cargo del empleador, sino que requiere aportación económica de sus beneficiarios. En estos supuestos se precisa el consentimiento individual de cada trabajador (art. 11.3. OMV).

Si bien, la constitución de la mejora es voluntaria, una vez creada, genera para los trabajadores verdaderos derechos adquiridos, que no podrán ser anulados o disminuidos, "si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento" (art. 182, apdo. 2º LGSS), lo que ha permitido afirmar con acierto que la voluntariedad es una característica genética pero no funcional de las mejoras<sup>14</sup>.

b) Su posible negociación en convenios colectivos. No sólo la actuación unilateral del empresario, sino también la negociación colectiva puede arrojar determinados acuerdos que permitan la creación de una mejora de prestaciones de la Seguridad Social. Estas cláusulas de naturaleza claramente normativa<sup>15</sup>, crean derechos para los trabajadores que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del convenio en cuestión<sup>16</sup>, y su obligatoriedad nace desde el momento en que entra en vigor el convenio que las recoge<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> La nula eficacia de este tipo de mejora ha sido puesta de manifiesto por M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, Instituciones de Seguridad Social (12. edic.) Madrid, Civitas, 1990, p. 460, quienes dan cuenta de que jamás se hizo uso de ella.

<sup>12</sup> ; J.L. ALMANSA PASTOR, Derecho de la Seguridad Social, cit. po 520.

<sup>13</sup> A. MARTÍN VALVERDE, Las mejoras voluntarias de Seguridad Social, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1970, p. 35 y ss.

<sup>14</sup> M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GÓZALEZ ORTEGA, Compendio de Seguridad Social. cit. p.135.

<sup>15</sup> G. GARCÍA BECEDAS, "La Seguridad Social complementaria...". cit, p. 28, y no, obligacional, como señala L.L. ALMANSA PASTOR, Derecho de la Seguridad Social. Cit. p.519.

<sup>16</sup> Tratándose de convenios extraestatutarios, la mejora pactada debe incorporarse al contrato de trabajo para así garantizar el efectivo derecho del trabajador a la misma.

<sup>17</sup> Para un seguimiento exhaustivo sobre el contenido de los convenios en materia de Seguridad Social y para una valoración del ámbito de actuación de la autonomía colectiva en el campo de las mejoras voluntarias, vid M<sup>o</sup>. E. CASAS BAAMONDE, Autonomía colectiva y Seguridad Social, Madrid, IEF, 1977.

Su evidente naturaleza de condición más beneficiosa, la cual, como es sabido, exige la voluntad de otorgar un beneficio que supere las condiciones legales o pactadas, así como su efectiva consolidación posterior<sup>18</sup>, impide la derogación de tales mejoras por otros cauces que no sean los propios de la misma<sup>19</sup>. Es decir, aquellas mejoras suscritas con el consentimiento del trabajador o concedidas unilateralmente no pueden ser modificadas o alteradas directamente por el empresario, por su sola voluntad, y requerirían de pacto individual derogatorio. Entre las mejoras establecidas por convenio, operaría, desde luego, la compensación o absorción en el hipotético supuesto de obtención de mejores prestaciones por modificación legal del sistema básico de prestaciones de la Seguridad Social. Por último, también sería posible la modificación de la mejora (en cuanto condición más beneficiosa) mediante el procedimiento previsto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, tanto para las modificaciones de carácter individual como colectivo<sup>20</sup>.

c) Su gestión y financiación preferentemente privada. La fórmula de protección obtenida mediante la mejora directa de prestaciones presenta casi siempre en su origen, gestión y control un carácter estrictamente privado, con fórmulas completamente ajenas a la acción protectora de la Seguridad Social, sin perjuicio de que también puedan establecerse sistemas de aseguramiento público. La LGSS establece en cuanto a su financiación que ésta puede llevarse a cabo por la empresa con fondos internos ('costeando a su exclusivo cargo' (art. 182) dichas mejoras), fórmula que no impide, como a continuación se señala, concertarlas con el INSS, fundaciones laborales, mutualidades libres o "entidades aseguradoras de cualquier clase" (art. 183). En consecuencia, la gestión y financiación de la mejora directa res-

ponde a un principio de pluralidad organizativa y financiera<sup>21</sup>, en cuanto pueden aparecer mejoras inmediatas de prestaciones públicas junto a mejoras de carácter completamente extraño a ellas, al tiempo que puedan concurrir vías de financiación, éstas constituyen la mayoría<sup>22</sup>, con cargo exclusivo a la empresa (constituyendo a tal fin fondos específicos) o por medio de la concertación de contratos de seguro con entidades aseguradoras que abonen los gastos del riesgo cubierto mediante la mejora<sup>23</sup>. Se admiten también formas de colaboración con aportaciones económicas por parte del trabajador (sobre todo, a través de pólizas colectivas de seguro privado), donde puede haber una participación del trabajador en la prima y donde la aceptación del seguro es completamente voluntaria.

d) Su carácter extrasalarial. La OM de 29 de noviembre de 1973 excluye las mejoras voluntarias en materia de seguridad Social de toda consideración salarial (art. 4) pasando a formar parte de las retribuciones de carácter extrasalarial que puede percibir el trabajador. En ese sentido, son conceptos, sobra decirlo, que no integran la base de cotización a la Seguridad Social.

La determinación de las mejoras resulta, como puede apreciarse, de suma importancia a efectos salariales, pues ni el empresario ni los trabajadores podrán alterar la naturaleza de las mismas con denominaciones distintas y extrañas al ámbito de protección de la Seguridad Social, ya que, en tal caso, operaría la presunción de que dichas cantidades son salario, salvo que se acredite su carácter extrasalarial<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> STSJ de Cataluña, de 31 de octubre de 1991, Ar. 5683.

<sup>19</sup> Cfr. la reflexión que sobre el contradictorio tratamiento jurisprudencial en torno a las condiciones más beneficiosas obtenidas por pacto individual y colectivo realiza M<sup>o</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Condición más beneficiosa: absorción y compensación", R.L., 1992, n<sup>o</sup>4

<sup>20</sup> MoCo PALOMEQUE\_LÓPEZ y M. ALVAREZ DE LA ROSA, Derecho del Trabajo, Madrid, Colección CEURA, 1993, po 304-305.

<sup>21</sup> Como señala G. GARCÍA BECEDAS, "Seguridad Social complementaria...", cit., p.28.

<sup>22</sup> La diversidad de mejoras a cargo del empresario, así como su variedad en lo que a su contenido se refiere puede seguirse en M<sup>o</sup>.E. CASAS BAAMONDE, Autonomía colectiva y Seguridad Social. cit., p. 159 y ss.

<sup>23</sup> Nuestros tribunales han venido estimando que los períodos de suspensión del contrato de trabajo por autorización administrativa y por el ejercicio del derecho de huelga no conllevan la obligación de mantener respecto de los trabajadores afectados por la suspensión su mantenimiento en la lista de asegurados mediante póliza colectiva, SSTCT de 18 de febrero de 1985 y de 10 de marzo de 1986.

<sup>24</sup> M. ALVAREZ DE LA ROSA, "El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social"

La índole extrasalarial se justifica porque las mejoras, desde luego, no remuneran la prestación de servicios o, dicho de otra manera, no integran la contraprestación económico empresarial por la realización de un determinado trabajo (pueden llegar a abonarse, incluso, después de extinguido el contrato de trabajo), si bien es cierto que la obligación del pago de las mismas surge a consecuencia de la celebración del contrato<sup>25</sup>. Tal derivación es lo que justifica que en el tratamiento de las mejoras se apliquen conceptos y normas del Derecho del Trabajo<sup>26</sup> y que, por otra parte, no quepan dudas sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de los conflictos derivados de dichas mejoras<sup>27</sup>. En este sentido, la Ley de Procedimiento Laboral (Texto articulado aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril) introduce al determinar la extensión de la jurisdicción social "la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o Convenio Colectivo" (art. 2, c ), lo cual planteará, sin duda, problemas de deslinde y separación con respecto al orden jurisdiccional civil, debido a la importancia que han adquirido en este campo los contratos de seguro, y contencioso-administrativo, especialmente, en todo lo relativo a mejoras producidas dentro del régimen especial de funcionarios públicos<sup>28</sup>. Lo cierto es que la extensión de la competencia de lo social a aquellos supuestos en

los que la mejora se satisface mediante la suscripción de contrato de seguro mercantil con otra entidad privada resulta absolutamente "irreprochable"<sup>29</sup>, pues es el empresario quien se obliga a suscribir dicho contrato ya pagar la prima correspondiente en el marco de la relación jurídica de trabajo, constituyendo, por tanto, un deber empresarial hacia el trabajador o trabajadores beneficiarios de la mejora.

### 3. Un caso concreto de mejora directa por invalidez: momento en que se entiende producido el hecho causante y determinación del sujeto responsable del pago de la misma.

Sentados los presupuestos anteriores, configuradores de la caracterización jurídica de las mejoras voluntarias y, concretamente, de la mejora directa de prestaciones de la Seguridad Social, el conflicto planteado ante el Tribunal Supremo y que resuelve la sentencia de 26 de febrero de 1993, tiene por objeto pronunciarse sobre el momento en que debe estimarse producida la invalidez del trabajador, con el fin de resolver quién es el responsable del abono de la cuantía pactada para tales casos.

En efecto, por medio de convenio colectivo la empresa (dedicada a trabajos de estiba y desestiba) se comprometió a facilitar a sus trabajadores una indemnización en casos de accidente con resultado de invalidez y, de acuerdo con las posibilidades que en este punto brinda la LGSS (art. 183), suscribió una póliza de seguros con una entidad aseguradora al objeto de cubrir tal riesgo.

Lo que realmente está en discusión no es el pago o impago de la indemnización pactada, sino a quién corresponde, debido a que en dos momentos distintos, pero sucesivos en el tiempo, la empresa concertó dos contratos de seguro con dos entidades diferentes, de tal modo que la determinación de la fecha en que se produjo la invalidez, condicionará quién ha de ser la entidad que se haga cargo de la indemnización exigida.

---

en A.A. V.V., Estudios sobre el salario, Madrid, ACARL, 1993, p. 515 y ss.

Véase también la jurisprudencia allí seleccionada y que avala la tesis de la presunción expuesta.

<sup>25</sup> STS, Sala VI, de 11 de abril de 1970.

<sup>26</sup> Como ha puesto de manifiesto el TS (Sala VI) en SS. de 18 de julio de 1984, 18 de junio y 25 de junio de 1985

<sup>27</sup> Concedida la mejora, adquiere los caracteres propios de las prestaciones de la Seguridad Social, por lo que resulta incontrovertible la competencia de los tribunales laborales, SSTs de 15 de junio de 1987 y 5 de julio de 1988 y SSTCT de 15 de noviembre de 1978 y 20 de octubre de 1983. En general y sobre este aspecto vid. M. ALONSO OLEA y C. MIÑAMBRES PUIG, Derecho Procesal del Trabajo (5. edic. actualizada), Madrid, Civitas, 1988, p.179 y ss.

<sup>28</sup> Vid. A. BAYLOS GRAU, I. CRUZ VILLALÓN y M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ. Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Madrid, Trotta, 1991, p.17 y 18 y, con carácter general, p. 345 y ss.

---

<sup>29</sup> M. ALVAREZ DE LA ROSA, "El complemento extrasalarial...", cit., p. 527.

El accidente de trabajo se produjo el 29 de julio de 1986, siendo dado de alta el trabajador el 2 de noviembre de 1987. La declaración de la invalidez permanente absoluta tiene lugar el día 27 del mismo mes, pero con efectos desde el día 3 anterior (día siguiente al de la declaración del alta médica). En la fecha del accidente de trabajo, la empresa tenía suscrito un contrato de seguro con una entidad diferente a la recurrente; ésta, únicamente corre con la cobertura de dicho riesgo a partir del 19 de octubre de 1986. En consecuencia, defiende como fecha de producción del hecho causante de la invalidez el mismo día en que el trabajador sufrió el accidente laboral y, por lo mismo, niega toda responsabilidad en el pago de la indemnización prevista, puesto que repugnaría al carácter aleatorio propio del contrato de seguro, asumir la cobertura de un riesgo después de haberse producido éste.

El recurso de casación que ante el Tribunal Supremo se interpone reclama unificación de doctrina al existir pronunciamientos anteriores de dicho Tribunal en los que, precisamente, concurriendo igualdad sustancial de pretensiones, hechos y fundamentos (art. 215 y 216 de la Ley de Procedimiento Laboral) se sitúa el hecho causante de la invalidez en la fecha coincidente con la del accidente o con aquella en que "se inició y desencadenaron las consecuencias indemnizables resultantes"<sup>30</sup>.

Sobre la fecha cuestionada, el Tribunal Supremo va a resolver acudiendo a una tesis diferente, también defendida en otros supuestos análogos<sup>31</sup> y que, según expresa la sentencia, "ha sido objeto de decisión definitiva" en cuanto al momento en que ha de entenderse producida la invalidez.

Tal solución recurre, acertadamente, a los criterios de determinación del hecho causante derivados de la aplicación de las normas reguladoras de las prestaciones básicas de la Seguridad Social.

La relación existente entre prestaciones básicas y prestaciones mejoradas ha sido llevada por la jurisprudencia, como se sabe, hasta el extremo de aplicar la terminología, nociones e, incluso, la construcción dogmática de los conceptos de accidente de trabajo y de invalidez<sup>32</sup>, y es esa la vía mediante la cual se va a dar una solución a la pretensión de la empresa aseguradora recurrente.

La regla general que, en definitiva, viene a establecerse lleva a la exigibilidad de responsabilidad a la entidad aseguradora que lo fuera en el momento de declararse la invalidez porque, dice textualmente la sentencia, "mientras no ocurra, existirá una probabilidad, pero no la certeza, que sólo surge, cuando queda total y claramente definida la invalidez y su grado, que es lo realmente garantizado por el seguro que se concertó"<sup>33</sup>.

Se opta, como se ve, por obviar el error al que suele conducir el mero hecho de que la invalidez no sea otra cosa que la consecuencia de la actualización de un riesgo potencial<sup>34</sup>, en este caso, el accidente de trabajo, considerando que el hecho causante de la invalidez es el accidente mismo. En realidad, el hecho causante ha de coincidir con el momento en que "se declara" la invalidez, a través del acto administrativo correspondiente, sólo que los efectos de dicho acto han de retrotraerse a un momento anterior, esto es, al momento en que la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades emite el dictamen con la propuesta de declaración de invalidez, según se desprende de lo dispuesto en: la Disp. Adic. de la OM de 23 de noviembre de 1982.

La solución dada por el Tribunal Supremo obliga a la empresa aseguradora recurrente a cubrir el pago de la indemnización, pues en la fecha de la declaración de invalidez ya había asumido la responsabilidad de satisfacer la mejora en caso de que aconteciera el riesgo asegurado.

---

<sup>30</sup> F. j. 3º. Al respecto, se citan de la misma Sala las de 12 y 19 de febrero de 1990, así como las de los TSJ de Andalucía, de 28 de mayo de 1990; de Extremadura, de 7 de septiembre de 1990; de Murcia, de 22 de marzo de 1990 y de Canarias, de 5 de marzo de 1991.

<sup>31</sup> SS. de 26 de noviembre de 1991, 3 de abril, 27 de mayo y 28 de junio de 1992.

---

<sup>32</sup> SSTs de 15 de julio de 1983, 12 de julio de 1984 y 14 de enero y 10 de marzo de 1986.

<sup>33</sup> F. j. 4º.

<sup>34</sup> M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA Compendio de Seguridad Social, cito, 251.



# PRESENTACION

Como a todos los lectores de esta publicación sin duda no se les escapa, la finalidad última del derecho es la de obtener justicia. En este sentido se pronuncia el Estatuto General de la Abogacía cuando en su artículo 8 señala "la abogacía es una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la justicia".

Por ello, la función social del abogado en ejercicio y de todos aquellos que desde las distintas vertientes están Conectados con el mundo del derecho es muy elevada. A modo de ejemplo, las Normas Deontológicas de la Abogacía Española recogen como principios fundamentales de las normas éticas de conducta de esta profesión que el abogado, como servidor del derecho y participe en la función pública de la Administración de Justicia, orientará sus actuaciones al Servicio de la Sociedad.

Evidentemente, todos estos principios conllevan que en la actuación profesional diaria todos debamos actuar con el máximo respeto hacia la dignidad de la persona.

Muchos son por tanto los puntos de encuentro entre el ejercicio de nuestra profesión y el ejercicio de la medicina. Igualmente, el médico y todos aquellos profesionales que en los distintos centros sanitarios tratan día a día con las personas enfermas tienen como máximo objetivo restablecer la salud, pero, del mismo modo que en el ejercicio de la abogacía, deben respetar la dignidad de la persona humana por encima de todo.

Por ello, el profesional de la medicina debe subordinar sus intereses personales a los del paciente, y lo mismo ocurre en el abogado, que debe preservar los intereses del cliente, defendiendo en derecho los que se le confien, si bien como proclama el artículo 39 del Estatuto de la Abogacía "en ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada",

Por otro lado, la sociedad es especialmente sensible al valor fundamental que la justicia representa y al derecho a la salud, puesto que ambos inciden de forma muy directa en la vida de todos sus miembros. Esta sensibilidad se ha acentuado más si cabe en la medida que la Constitución Española ha proclamado que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia, que en su artículo 24 reconoce como un derecho fundamental la tutela judicial efectiva y que en el artículo 43 recoge como un principio rector de la política social y económica el derecho a la protección de la salud.

Por todos estos motivos de coincidencia, es preciso que los juristas y los profesionales de la medicina unamos nuestros esfuerzos para trabajar conjuntamente en todos aquellos temas en los que hay puntos de coincidencia y de interés mutuo que sin duda son muchos -responsabilidad de los profesionales, organización de los sistemas de salud, derechos y deberes de los ciudadanos ante el sistema sanitario, regulación de las profesiones sanitarias, derecho farmacéutico y tantos otros-. Todo ello sin perjuicio de que cuando se debatan temas en los que están en juego los valores superiores de la persona humana (aborto, eutanasia, etc.) entren también en este debate todas las personas que tienen algo que decir desde el punto de vista ético. Solamente trabajando de una forma pluridisciplinaria se logrará que los trabajos tengan sentido.

Por estos motivos creo que es importante que una publicación como "Derecho y Salud" llegue a los profesionales que tienen un interés común por todos aquellos temas relacionados con el derecho y la salud independientemente de que procedan de una formación académica jurídica o médica.

En el número que en esta ocasión tengo el gusto de presentar figuran artículos especialmente interesantes puesto que se pronuncian sobre cues-

tiones de máxima actualidad: los aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista; la libertad de prescripción y dispensación; el derecho a la salud de los ciudadanos; Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; la huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud; el consorcio como un instrumento en la gestión de los servicios sanitarios. Sin duda son todos ellos de un gran interés para todos aquellos que dedican sus esfuerzos profesionales a la organización y gestión de los servicios sanitarios, campo muy importante para poder dar respuesta a los derechos de los ciudadanos y que van a ser ampliados por ilustres profesionales

del derecho, de la medicina y del mundo de la gestión en el próximo Congreso que la Asociación "Juristas de la Salud" va a celebrar en Pamplona los próximos 16, 17 y 18 de Noviembre.

Espero que el contenido de este número de la revista "Derecho y Salud" sea de interés para todos y encomiendo a la Asociación "Juristas de la Salud" que siga fomentando el debate interprofesional en orden a lograr un máximo desarrollo del derecho sanitario.

Eugeni Gay i Montalvo  
Presidente del Consejo General de la Abogacía



# Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista.

## La perspectiva del Tribunal Supremo

*Jesús-María Silva Sánchez*  
*Catedrático de Derecho Penal*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Premisas generales. 3. La responsabilidad por comisión activa y en comisión por omisión. 4. La articulación de la responsabilidad del anestesista con la de otros profesionales médico-sanitarios. 5. La responsabilidad del director del hospital. 6. Los problemas de la llamada "imprudencia profesional".

### 1. Introducción

En los últimos decenios ha tenido lugar, como es sabido: un significativo proceso de desarrollo cuantitativo y cualitativo en la actuación profesional del anestesista. En efecto, mientras que tiempo atrás los actos de anestesia eran realizados por estudiantes o enfermeros bajo la dependencia directa del médico-cirujano, o incluso por éste mismo, quien, en todo caso, asumía la responsabilidad que pudiera derivarse de cualquier incidente anestésico, en la actualidad las cosas han cambiado sustancialmente<sup>1</sup>. En efecto, la Anestesiología y Reanimación se configura como:

“una especialidad médica que engloba un conjunto de conocimientos científicos y de técnicas propias, en virtud de las cuales está plenamente capacitada para que sean de su competencia varios quehaceres y cometidos, tales como emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer el paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, exploraciones diagnósticas, partos eutócicos y distócicos, evacuaciones y transportes y/o después de las situaciones arriba citadas; reanimar cualquier tipo de pacientes, médicos o quirúrgicos, a los que muy diversas clases de situaciones patológicas hayan conducido hasta una situación crítica, en las que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva adecuada hasta que se

consideren superados dichos estados críticos comatosos, cardiorespiratorios, politraumatizados, shockados, intoxicados, etc)”<sup>2</sup>.

En definitiva, los actos de anestesia se realizan hoy por médicos especialistas (los anestesistas) que colaboran en la actividad médico-quirúrgica en un plano de igualdad con el cirujano, participando en la toma de las decisiones más importantes desde su competencia específica. Las expresiones que ponen de relieve los términos actuales de la relación entre anestesista y médico-cirujano son las de trabajo en equipo con "división de trabajo horizontal"<sup>3</sup>, "responsabilidad autónoma"<sup>4</sup> y "confianza"<sup>5</sup>. Ello significa, en primer lugar, que el anestesista es autónomo en el cum-

<sup>1</sup> Cfr. GONZALEZ MORAN, I. Evolución de la responsabilidad civil del anestesista, LA LEY 1989-2, p. 1.179; JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid 1990, p. 136; UHLENBRUCK, W. Die ärztliche Haftung für Narkoseschäden, en Neue Juristische Wochenschrift 1972, pp. 2201 y ss.

<sup>2</sup> Vid. La Guía de Formación de Médicos Especialistas, Ministerio de Sanidad 1979, cit. por Agustín JORGE BARREIRO, La imprudencia, p. 137 nota 144.

<sup>3</sup> Sobre las ventajas e inconvenientes de la división del trabajo, JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, p. 116.

<sup>4</sup> Convincentemente, frente a quienes sostienen una subordinación del anestesista respecto al cirujano JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, p. 140-141, subrayando la exigencia de una adecuada coordinación, y mostrando cómo la anestesia y su práctica pueden verse condicionadas por la naturaleza de la intervención quirúrgica, del mismo modo que, viceversa, a la luz de los datos de que se disponga sobre la anestesia, un determinado plan de operación puede parecer contraindicado, debiendo realizarse cambios. Sobre posibles dilemas al respecto. Ibidem. p. 145.

<sup>5</sup> Cfr. en sentido similar JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, p. 137 y 138; UHLENBRUCK, W. en *Neue Juristische Wochenschrift* 1972, 2201-2202, 2202. De modo general sobre el trabajo en equipo y el principio de confianza, ROMEO CASABONA, C. El médico ante el Derecho, Madrid 1985, p. 75-76.

plimiento de las obligaciones que le competen antes, durante y después de la operación quirúrgica<sup>6</sup>, mientras que el cirujano es competente para la decisión sobre el sí, el cómo y el cuándo de la operación. Sus competencias no sólo no se interfieren, sino que quedan articuladas por la vigencia del aludido principio de confianza. Según éste<sup>7</sup>, cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; sólo excepcionalmente, esto es, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (que algunos denominan secundario), cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesista. En lo que sigue, no se trata de examinar el problema de las responsabilidades penales del anestesista desde un plano teórico-abstracto, sino únicamente a partir de los pronunciamientos que cabe descubrir al respecto en la jurisprudencia reciente (en mayor o menor medida) de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuya doctrina pretendemos comentar. Al efecto, procede primero efectuar una relación de hechos de los casos contemplados<sup>8</sup>.

**Caso 1.-** El anestesista había practicado la anestesia con técnica de uso actual y no contraindicada. Sin embargo, a consecuencia de la excesiva difusión del agente anestésico, se produjo un paro respiratorio, seguido de un paro cardíaco que se prolongó durante quince minutos. El anestesista, entendiendo erróneamente que el enfermo se había recuperado del referido paro, y pese a darse signos o síntomas de lesión cerebral por presentar amnesia, indicó al cirujano que había de intervenir, que podía iniciar la operación quirúrgica. En

consecuencia, se llevó a efecto la operación quirúrgica con la extirpación de un cálculo en el uréter izquierdo. Trasladado después al servicio de urgencias de otro hospital, se le diagnosticó cuadro de coma cerebral con evidentes signos de descerebración, falleciendo en el referido centro días después a causa de tal descerebración<sup>9</sup>.

**Caso 2.-** En el transcurso de una operación de apendicectomía se produjo un fallo mecánico en las instalaciones para el suministro de oxígeno, que duró varios minutos y afectó a todos los quirófanos. La anestesista no prestó atención a los indicadores de los aparatos correspondientes, por lo que no comprobó de forma inmediata que el enfermo no recibía el suficiente suministro de oxígeno para sus necesidades vitales, lo que originó el que se produjese una parada cardíaca. Aunque inmediatamente se logró recuperar de dicho fallo cardíaco, no ocurrió lo mismo con el funcionamiento del cerebro, lo que motivó que el enfermo quedara sumido en un estado de vida puramente vegetativa, totalmente irreversible<sup>10</sup>.

**Caso 3.-** Tras la práctica de una intervención quirúrgica de histerectomía subtotal, el anestesista-reanimador ordenó que le fueran transfundidos a la paciente 300 cc. de sangre con el fin de elevar el tono vital y mejorar el estado post-operatorio. El grupo sanguíneo de la paciente había sido determinado por el analista como grupo A-factor Rh negativo, cuando se trataba realmente de grupo O-factor Rh negativo. Pero cuando el anestesista-reanimador ordenó la práctica de la transfusión no comprobó personalmente, ni a través de persona alguna, cuál era el verdadero grupo sanguíneo de la enferma, así como tampoco siguió observando a la paciente. Los primeros síntomas de incompatibilidad se manifestaron inmediatamente, con desatención y frío, produciéndose finalmente el fallecimiento<sup>11</sup>.

**Caso 4.-** Una niña de ocho años de edad fue objeto de una intervención quirúrgica de osteosín-

---

<sup>6</sup> Una clasificación de éstas en GONZALEZ MORAN, L. -LA LEY 1989-2, p. 1.181

<sup>7</sup> De modo detallado sobre el mismo en el marco de la doctrina general de la imprudencia, CORCOY BIDASOLO, M. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. Barcelona 1989, pp. 327 y ss; en concreto para situaciones de división del trabajo, ROXIN, C. Strafrecht AT, I, München 1992, p. 685Rdn. 25.

<sup>8</sup> Que no pretenden ser todos los de responsabilidad penal del anestesista de los últimos años, aunque sí quizá los más significativos.

---

<sup>9</sup> STS de 26 de junio de 1980 (A. 2997), ponente *si* Latour Brotons.

<sup>10</sup> STS de 11 de junio de 1882 (A. 3159), ponente Sr. Huerta y Alvarez de Lara

<sup>11</sup> STS de 19 de febrero de 1982 (A. 799), ponente Sr. Gómez de Liaño.

tesis del codo izquierdo, para la que resultó precisa la anestesia total. La anestesista permaneció en el quirófano y lugar destinado al efecto, realizando las comprobaciones a las que estaba obligada, sin detectar ninguna anomalía durante los treinta minutos que duró la operación. Una vez terminada ésta, cuando procedía a cambiar del proceso automático al manual en el suministro de oxígeno a la intervenida, y al retirar los paños anestésicos que la cubrían, vieron que presentaba palidez facial, cianosis labial y ungueal y fallo cardíaco. El paro cardíaco pudo conjurarse mediante reanimación, pero la paciente falleció a causa de edema cerebral por hipoxia prolongada. No se acredita si el fallo en el suministro de oxígeno fue debido en todo o en parte a una inadecuada posición del tubo de oxigenación, doblamiento o insuficiencia del mismo, cuándo y cómo se produjo ello, y si pudo ser previsto por la procesada<sup>12</sup>.

**Caso 5.-** La intervención quirúrgica consistía en la extirpación de un quiste sinovial en la cara externa de la rodilla izquierda, para lo que era precisa la anestesia general. Se practicó, pues, la anestesia con respiración mecánica, pero sin conectarse el correspondiente monitor de control electrocardiográfico. Una vez iniciada la operación, se ausentó el anestesista para asistir a otra operación en una planta distinta del Hospital, con conocimiento y consentimiento tácito del cirujano. La asistencia simultánea de un solo anestesista a dos quirófanos era práctica habitual del Centro, tolerada por el director. Así las cosas, y como consecuencia de una falta de aireación, se produjo una hipoxia que no fue percibida por el cirujano. Cuando éste advirtió tardíamente el estado crítico del paciente avisó al anestesista, pero entonces fueron ya inútiles los esfuerzos de todos los presentes por reanimarlo, produciéndose el fallecimiento<sup>13</sup>.

**Caso 6.-** La anestesista procedió a realizar la inducción anestésica a la paciente ya consecuencia

de ello se presentó un repentino cuadro de hipotensión, intensas convulsiones y parada cardiorespiratoria, del que se consiguió sacarla, pero con lesiones graves a consecuencia de las cuales la víctima ha quedado psíquicamente incapacitada para regir su persona y bienes de forma irreversible. La sentencia de instancia constata la omisión de la realización de las previas y oportunas pruebas alérgicas, quedando abierta la cuestión de si el fármaco administrado fue o no el correcto<sup>14</sup>.

**Caso 7.-** Durante una intervención quirúrgica con anestesia general y sin monitorización del paciente, la anestesista abandonó el quirófano, con el conocimiento y consentimiento del cirujano jefe respecto a su ausencia. Producida una falta de oxigenación cerebral, el paciente entró en coma, situación en la que prosiguió durante dos años y cinco meses hasta su fallecimiento por atrofia cerebral<sup>15</sup>.

**Caso 8.-** Una vez concluido un acto quirúrgico, el médico anestesista procedió a administrar a la paciente fármacos para su reanimación, siendo trasladada a un distribuidor -Sala de Despertar existente junto a la puerta de quirófanos. Sin que hubiera recuperado la consciencia, el anestesista intervino en otra operación por el espacio de media hora, durante la que la paciente no estuvo vigilada ni controlada por él ni por otro facultativo. Al volver tras la segunda operación y comprobar que la enferma seguía en la misma situación, le administró una segunda tanda de fármacos para su reanimación. Al comprobarse una ligera caída de la comisura labial, consultó con el Jefe de servicio de Anestesia y, tras examinar de nuevo a la paciente, se llamó al Médico de guardia de la Unidad de Cuidados Intensivos, quien afirmó que se hallaba en estado de coma, disponiendo su traslado a la UCI, donde evolucionó lentamente hacia un estado de vida meramente vegetativa, presentando una encefalopatía difusa severa, producida por hipoxia de origen anestésico o post-anestésico. Se mantiene en estado neurológico de

---

<sup>12</sup> STS de 22 de abril de 1988 (A. 2847), ponente Sr. Vivas Marzal. Existe un comentario de esta sentencia por A. BARREDA GARCIA, Las posibles imprudencias de los anestesistas, en Cuadernos de política Criminal (36) 1988, pp. 769 y ss.

<sup>13</sup> STS de 4 de septiembre de 1991 (A. 6021), ponente Sr. Martínez- Pereda Rodríguez.

---

<sup>14</sup> STS de 18 de marzo de 1993 (A. 2420), ponente Sr. Cotta Márquez de Prado.

<sup>15</sup> STS de 7 de julio de 1993 (A. 6057), ponente Sr. Moyna Ménguez.

desanimación sin recuperación de la consciencia, de carácter irreversible<sup>16</sup>.

La valoración que el Tribunal Supremo hace de los casos citados es singularmente homogénea. En seis de los ocho casos examinados la calificación es de imprudencia temeraria con resultado de muerte o lesiones (homicidio o lesiones por imprudencia temeraria, en una terminología más correcta). Tan sólo en los casos 2. y 4. se aprecia una mera imprudencia simple: se trata de los casos en que cabe constatar un defecto en cuanto a la observación de las constantes vitales de la paciente, pese a la presencia del anestesista en el área de quirófano.

Por lo demás, las apreciaciones del Tribunal Supremo no son siempre coincidentes con el fallo de la Audiencia Provincial que provocó la presentación del recurso de casación. Por poner dos ejemplos, en el caso I. la Audiencia había apreciado la existencia de una "culpa profesional", calificación que rechaza el TS; en el caso 8., por contra, la Audiencia había apreciado una mera imprudencia simple, calificación que, como se ha visto, tampoco asume el Tribunal Supremo, que califica el hecho de imprudencia temeraria. Un último rasgo característico es que el Tribunal Supremo desecha, para todos los casos en que ello se plantea en el recurso del fiscal o de la acusación particular -que son la práctica totalidad de los expuestos-, la calificación de "imprudencia profesional".

## 2. Premisas generales: las bases de la doctrina del TS en materia de imprudencia médica

No pretendemos entrar ahora en la doctrina general del Tribunal Supremo en materia de imprudencia<sup>17</sup>, ni tan siquiera abordar de modo global sus tesis en materia de responsabilidad médica

por imprudencia<sup>18</sup>. Se trata únicamente, de subrayar algunos de los rasgos esenciales de esta doctrina, por la posible repercusión que ésta puede tener a la hora de establecer la responsabilidad penal del anestesista.

Pues bien, uno de tales rasgos característicos es el que alude a la posibilidad más frecuente en este ámbito de situaciones de riesgo no controlable (por imprevisible) o, en todo caso, necesariamente asumible. Como señala la STS de 22 de abril de 1988 (F.J.4º), "toda intervención quirúrgica, especialmente si se efectúa bajo los efectos de anestesia general, implica graves riesgos que la Medicina y la Cirugía no han podido, pese a los innegables progresos científicos, desarraigar, dándose un porcentaje sensible de fallecimientos consecutivos a dichas intervenciones, sucedidos, en ocasiones, durante el curso de las mismas, obedeciendo a accidentes y complicaciones tales como hemorragias incoercibles, paros cardíacos, colapsos y otros, y, en otras, durante el tracto post-operatorio, como lo son la embolia postquirúrgica, la neumonía hospitalaria, la caída vertiginosa de la tensión arterial, las hemorragias u otros accidentes". Lo que el TS pretende indicar con tan prolija exposición es, en primer lugar, la especial peligrosidad de la actividad médico-quirúrgica (y todavía más si se realiza bajo anestesia general), con la consiguiente posibilidad de que el resultado lesivo producido no sea, pese a todo, imputable a imprudencia, por acaecer de modo imprevisible<sup>19</sup>. En términos prácticos, el aspecto más importante de lo anterior, que en Derecho penal resulta obvio, en virtud del principio de imputación subjetiva (o de dolo o culpa), es la exigencia de constatar con claridad una imprudencia para hacer responsable al sujeto: una imprudencia cuya presencia no se puede derivar de la mera constatación de la pro-

---

<sup>16</sup> STS de 26 de abril de 1994 (A. 3357), ponente Sr. Granados Pérez.

<sup>17</sup> Ni tampoco en las obras doctrinales sobre la materia. Al respecto, además del libro de CORCOY BIDASOLO, M., citado cfr. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J. L. Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal), Madrid 1991; asimismo, los diversos trabajos contenidos en el volumen "La imprudencia" de los Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ Madrid 1993.

---

<sup>18</sup> Una excelente síntesis de los problemas del tipo culposo en relación con los supuestos de responsabilidad médica ofrecen SALA RECHE, E. / HERNANDEZ PLASENCIA, J. U. / ROMEO CASABONA, C. M. La responsabilidad profesional del médico en Derecho español, en Romeo Casabona (ed.), Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, La Laguna 1993, pp. 99 y ss, 102 y ss. Cfr. además, JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia, ~; ROMEO CASABONA, C. El médico y el Derecho penal. I. Barcelona 1981., passim.

<sup>19</sup> Cfr. también la STS de 14 de febrero de 1991 (Re{J. LA LEY 11.553), ponente Sr. De Vega Ruiz.

ducción del resultado delictivo. Es lo que, en terminología civilista, se expresa señalando que la obligación del médico (y del anestesista en particular) es una obligación de medios y no de resultado<sup>20</sup>.

Sobre cómo a veces en la práctica de los análisis jurídico-penales se tiende a derivar la imprudencia (fenómeno que debe constatarse ex ante) del mero hecho de la producción de un determinado resultado ex post (sobre todo si éste es muy grave) ha apuntado Kuhlen interesantes observaciones. En concreto, según señala este autor, algunos de los defectos prácticos derivados del hecho de que el juicio ex ante de infracción o no del deber de cuidado se realiza en realidad a posteriori (por el juez, mediante la denominada prognosis posterior-objetiva) son, en primer lugar, que el que enjuicia no se coloca en el lugar del agente; en segundo lugar, que se aumentan las exigencias de diligencia en el comportamiento, al conocerse ya, obviamente, las consecuencias del hecho; y, en fin, que en ocasiones se afirma la infracción o no del deber expresado en la norma, en función de la gravedad de las consecuencias resultantes<sup>21</sup>. En definitiva, que se tergiversa el sentido de la noción de infracción del deber de cuidado.

A la luz de éstas y otras consideraciones similares, llama poderosamente la atención un caso como el 4. En los Antecedentes de Hecho el Tribunal de Instancia había estimado que "no se ha probado si el fallo en el suministro de oxígeno fue debido en todo o en parte a una posición del tubo, cuándo y cómo se produjo ésta, si pudo ser previsto o no por la procesada y si fue la causa única". A partir de ello, sin embargo, la Sala Segunda del TS concluye que "la acusada permaneció durante todo el decurso de la intervención en el quirófano y en el lugar destinado al efecto, efectuando las comprobaciones precisas pero esta tarea no la realizó con todo detenimiento. de modo celoso y no ruti-

nario, extremando las precauciones, apurando todas las posibilidades y actuando, en todo momento, con exquisita prudencia, como lo demuestra ese paro cardíaco no detectado oportunamente y desde el comienzo de la aplicación de la anestesia y que sólo se manifestó al término de la operación y cuando fue despojada la paciente de los paños quirúrgicos que la cubrían. Indudablemente, la acusada no com12robó al menos con todo rigor las constantes vitales de la intervención. ni el estado del tubo de oxigenación cuyo doblamiento o insuficiencia 12udo haber verificado inmediatamente de haber obrado con mayores diligencia, previsión y cuidado".

Posiblemente, la propia sentencia del caso 4., en su Fundamento Jurídico 4º, dé algunas pautas sobre las premisas de la solución adoptada, al indicar que "...los facultativos deben extremar las cautelas y precauciones y emplear el instrumental de todas clases adecuado y que se halle en condiciones óptimas de funcionamiento, prelujiendo la intervención con los correspondientes análisis, radiografías y electrocardiogramas, tendentes a conocer el verdadero estado del paciente ya eliminar o, al menos, disminuir, las probabilidades de fracaso y de que se produzca un resultado letal".

Como puede advertirse, el tema de la definición del límite inferior de la imprudencia, esto es, del límite entre los riesgos relevantes e irrelevantes para el Derecho penal, es altamente complejo. Se trata de decidir en qué nivel de peligrosidad de la conducta puede empezar a hablarse, si es que el sujeto la percibe o la debía percibir, de una infracción del deber de cuidado. Para determinar dicho nivel de peligrosidad es obviamente necesario atender, en primer lugar, tanto a la probabilidad del daño cuanto a la magnitud de dicho daño. El producto de ambos factores nos dará un índice cuantitativo de peligrosidad de la conducta. Pero ello todavía no es indicativo de la infracción del cuidado. En efecto, a continuación se necesita una decisión valorativa, cultural, en virtud de la cual afirmamos que la relevancia penal de la conducta comienza con una peligrosidad X, esto es, que un sujeto comienza a comportarse descuidadamente cuando percibe o debía percibir una tal peligrosidad X. Es ésta una decisión de orden cultural-valorativo, que puede cambiar en función de variables espaciales y temporales. Sobre todo, por-

<sup>20</sup> Como señala GONZALEZ MORAN, L. LA LEY 1989-2, p. 1.184, al anestesista no puede reprochársele que el paciente haya sufrido una parada cardio-respiratoria, sino que no estuviera a su lado para ayudarlo en el trance.

<sup>21</sup> KUHLEN, L.Zar Problematik der nachträglich ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in derMoral, en Jung/ Müller-Dietz/ Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, Baden.Baden 1991, p. 356,358, 360.

que tal juicio valorativo no (o, desde luego, no siempre) establece el punto cuantitativo de peligrosidad en el que puede comenzar la imprudencia de modo aislado de otras consideraciones, sino que ha de ponderar dicha peligrosidad de la conducta para bienes jurídicos con eventuales propiedades positivas para bienes jurídicos de esa misma conducta genérica<sup>22</sup> (es la ponderación específica del riesgo permitido). A la existencia de estos supuestos de riesgo permitido alude la misma sentencia de 22 de abril de 1988, antes citada, cuando indica que es "asimismo notorio que en las operaciones efectuadas 'a vida o muerte', es decir, en aquéllas motivadas por dolencias agudas o por graves heridas y traumatismos, podrá ser disculpable no sólo la falta de éxito de una intervención que constituye remedio postrero y urgente, sino la no adopción de muchas de las cautelas que se toman en una operación que no urge". La referencia a la norma socio-cultural cuya infracción constituye un elemento esencial del concepto de imprudencia es, por lo demás, una constante de la doctrina del TS que con ello, a mi juicio, viene a poner de relieve la aludida relativización de la noción de infracción del deber de cuidado<sup>23</sup>.

Si la fijación del límite mínimo de lo imprudente plantea obvios problemas por tratarse de una decisión no cuantitativa, sino claramente valorativa (por mucho que en la base se halle esa consideración cuantitativa), otro tanto sucede con la distinción entre las clases de imprudencia: la imprudencia temeraria (art. 565 CP) y la imprudencia simple (art. 586 bis, en lo que aquí interesa). La propia STS de 22 de abril de 1988 reconoce (FJ 5º) la dificultad de distinguir entre las diversas clases de imprudencia, "dado que los límites entre unas y otras son tenues y no acentuadamente acusados". Y, en efecto, nos encontramos aquí con la dificultad de construir criterios de distinción que sean algo más que meras fórmulas vacías de contenido significativo en orden a la resolución de casos concretos. Así, por ejemplo, cuando la STS de 26 de abril de 1994 fundamenta la apreciación de una imprudencia temeraria para el caso 8. en

que "ello supone la vulneración de las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien era responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia", O cuando la doctrina, en general, define la imprudencia temeraria como inobservancia de las normas más elementales de precaución y cautela o como el no empleo del cuidado que un hombre mínimamente razonable habría empleado.

Todo ello, a pesar de que la distinción es esencial y tiene obvias repercusiones punitivas (nada menos que prisión menor, en principio, en el caso de la imprudencia temeraria ex art. 565 CP, frente a arresto menor y multa ex art. 586 bis, en el caso de la imprudencia simple). La jurisprudencia se limita aquí a establecer que para realizar el juicio valorativo relativo a la gravedad de la imprudencia debe adoptarse la perspectiva no sólo "de la mayor intensidad de la falta de atención o cuidado en la actividad, sino también de la mayor o menor representación del evento previsible y evitable y de la magnitud de la infracción del deber normativo exigido por el hecho de convivir en sociedad" (STS de 19 de febrero de 1982). Lo cierto es, por un lado, que en primer lugar debe tenerse en cuenta el aspecto objetivo-cuantitativo antes indicado. Así las cosas, debe indicarse que la temeridad aparece marcada por la "concreción de factores de riesgo especialmente intolerables (...) por la alta probabilidad de la producción del resultado de ahí derivada, y por la propia gravedad de los resultados posibles"<sup>24</sup>.

En el plano subjetivo, y aunque la imprudencia temeraria pueda serlo tanto por culpa consciente como inconsciente, hay que tener en cuenta el mayor conocimiento del sujeto sobre el riesgo como factor a valorar<sup>25</sup>. Pero, en todo caso, no puede eludirse la consideración valorativa sobre la utilidad social, por otros conceptos, de la conducta imprudente, así como, en general, la diversidad de baremos que en diversas sociedades -y aun en diversos sectores sociales se dan en cuanto a la

<sup>22</sup> ROXIN;C..AT,I, p. 699 Rdn. 85 y 86.

<sup>23</sup> Cfr., por todas, la STS de 12 de noviembre de 1990 (Rep. LA LEY 11.368), ponente Sr. Soto Nieto.

<sup>24</sup> SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J.L.- Teoría, p. 330-331

<sup>25</sup> SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J.L.Ibidem. Adviértase que aquí se planea también el tema de la delimitación respecto al dolo eventual.

mayor o menor intolerabilidad de un determinado grado de riesgo<sup>26</sup>. Lamentablemente, si dejamos casos extremos al margen, sigue reinando aquí una más que significativa inseguridad<sup>27</sup>.

Un aspecto que merece alguna matización es el relativo al error en el diagnóstico, como integrante del tema más general del "error o fallo técnico". En efecto, en múltiples sentencias se puede leer que el error en el diagnóstico (error científico, diagnóstico equivocado) no puede conducir a responsabilidad<sup>28</sup>. Ello, de ser así, resultaría extraordinariamente sorprendente, por cuanto la pronta y acertada obtención del diagnóstico constituye un factor esencial de una adecuada intervención médico-curativa. De ahí que enseguida se matice la anterior afirmación por dos vías. De una parte, excluyendo de esa impunidad los supuestos de extrema gravedad del error (por razones cuantitativas o cualitativas). Esto, sin embargo, es inaceptable. Si la idea de error en el diagnóstico (como la de fallo técnico) alude a un concepto científico y expresa un resultado, una situación de hecho, por muy grave que éste resultara no habría razones para modificar el juicio previamente emitido en cuanto a existencia de imprudencia o no en la conducta del autor. Así pues, la única interpretación razonable de la doctrina del TS en esta materia es la de que no puede ser hecho responsable el médico por un diagnóstico fallido, esto es, por un mero "resultado" de error, por muy grave que este resultado sea. Por contra, el análisis ha de centrarse en la conducta<sup>29</sup>,

---

<sup>26</sup> Sobre la necesidad de aproximarse en términos valorativos a la noción de temeridad (*Leichtfertigkeit*), cfr. JAKOBS, G. Strafrecht AT, 2. ed., Berlin 1991, p. 326 Rdn. 24.

<sup>27</sup> Lo reconoce ROXIN, C.A T, I, p. 699 Rdn. 75 y ss

<sup>28</sup> Cfr. al respecto RUIZ V ADILLO, E. La responsabilidad de la Administración y de los profesionales sanitarios, en I Congreso Derecho y Salud, Madrid 1993, pp. 105 y ss., 126, 129.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, ROMEO CASABONA. El médico, p. 13-74. Igualmente SOLA RECHE, EL HERNANDEZ PLASENCIA, J.U. / ROMEO CASABONA, C. M. La responsabilidad, p. 107: "...la falta técnica o error, que es un concepto científico, no entraña la culpa, que lo es jurídico; lo decisivo en Derecho no es tanto el error en sí como la causa de ese error. En resumen, la existencia de un fallo técnico no tiene otro valor que el de constituir un indicio (siempre que se acompañe de un resultado perjudicial para el paciente) que nos lleva a la comprobación subsiguiente de si se produjo la infracción del cuidado objetivamente debido". De hecho, esta misma idea se percibe en diversas sentencias, al matizar las afirmaciones relativas a dicho error. Así, por ejemplo, la STS de 8 de junio

que debe ser valorada para dilucidar si ha de conducir a responsabilidad o no, De conformidad con esta idea, el error en el diagnóstico, en sí mismo, puede ser punible si se trata de un error vencible, No en vano éste es el caso arquetípico de imprudencia, como con razón señala la sentencia del TS en el caso 1, al afirmar que "es evidente que siempre que hay culpa incide un error, sin que esto suponga, ni puede suponerlo, la afirmación contraria", Sentado lo anterior, cabe concluir que la vía correcta de matización de la doctrina del TS en materia de error en el diagnóstico es una segunda, que proporcionan otras sentencias del Alto Tribunal, y según la cual el error en el diagnóstico conduce a responsabilidad penal, "salvo que se trate de un error inexcusable", mientras que no conduce a la misma si se mantiene "dentro de lo tolerable", Ahora bien, sucede que tal declaración es superflua: el error excusable (invencible) nunca da lugar a responsabilidad, ni en el ámbito de la actividad médica, ni en ninguna otra; el error vencible (inexcusable), por contra, es la quintaesencia de la imprudencia y, por tanto, susceptible de generar responsabilidad, En definitiva, debe darse la razón a la doctrina que unánimemente acoge la posibilidad de hacer responsable al médico por errores (vencibles) en el diagnóstico<sup>30</sup>, Cuestión distinta es que la actividad médica, por las especiales características de la misma: radical inseguridad, desconocimiento (todavía) de muchas de las leyes que rigen las funciones del cuerpo humano o de las variables que determinan que éstas operen de modo distinto en función del individuo, sea un campo especialmente abonado para errores invencibles (en el estado actual de los conocimientos). Pero ello no desvirtúa la declaración de principio antes efectuada.

---

de 1981 (A. 2625: "...lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica no son errores de diagnóstico ni aun falta de extraordinaria pericia en el desarrollo de actividades quirúrgicas, al no ser exigibles en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infallibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios" (el resaltado es mío).

<sup>30</sup> CRAMER, en Shonke\_/ Schroder, StGB Kommentar, 24. ed., München 1991, S 15Rdn. 219

### 3. La responsabilidad por comisión activa y en comisión por omisión

Bajo la común calificación jurisprudencial de supuestos de "imprudencia" no siempre queda claro qué casos son de comisión activa imprudente del delito correspondiente y cuáles son, en cambio, de comisión por omisión imprudente. La distinción, sin embargo, es trascendente pues entraña consecuencias dogmáticas de no poca importancia<sup>31</sup>. Si partimos de que el criterio básico de distinción entre ambas formas de realización típica es la causación o no (de forma objetiva y subjetivamente imputable) del resultado típico, podremos observar que el caso 1. responde al modelo de una comisión activa imprudente del anestesista<sup>32</sup>. No se da, en cambio, imprudencia del cirujano, quien, como veremos, en principio no tiene por qué dudar de la corrección de la indicación que le hace el anestesista (principio de confianza). Puede estimarse que se trata de un caso de homicidio imprudente en autoría mediata (del anestesista)<sup>33</sup> con un instrumento (el cirujano) que obra atípicamente (si es que esta figura se admite en los delitos imprudentes). El caso 2. es, en cambio, un supuesto de comisión por omisión imprudente. En efecto, el anestesista no causa activamente el resultado lesivo, sino que éste es producto de un fallo mecánico de las instalaciones de suministro de oxígeno. Así las cosas, es preciso realizar análisis adicionales para determinar si tal resultado típico le es imputable o no<sup>34</sup>. Al respecto, no cabe duda de que la situación es idónea para una imputación a título de comisión por omisión: se ha producido claramente una asunción del ries-

go<sup>35</sup> a la que se añade aquí un actuar peligroso precedente que determina un dominio del riesgo por parte del anestesista idéntico, en el plano de las estructuras normativo-materiales, al que le habría proporcionado la creación activa de ese riesgo<sup>36</sup>. En ese contexto, además, se ha omitido la acción indicada, esto es, no se han vigilado los indicadores de las constantes vitales, cuando existía la posibilidad de hacerlo. La cuestión es, entonces, si se puede imputar el resultado a la constatada omisión imprudente. Pues bien, dado que en la omisión (tampoco en la comisión por omisión) no puede hablarse de la existencia de causalidad en sentido estricto (físico-natural), se recurre aquí por la doctrina dominante a fórmulas propias, a las que algunos aluden con la denominación de "causalidad hipotética". Se trata de determinar si el sujeto, de haber realizado la acción que omitió (la acción indicada), habría podido evitar el resultado al menos con una probabilidad rayana en la seguridad<sup>37</sup>. De no ser así, no cabría imputación del resultado<sup>38</sup>. Desde esta base, la imputación en el supuesto 2. requeriría probar que se disponía en el centro médico de los medios para que, en el caso de que el anestesista hubiera advertido de modo inmediato el incidente, hubiera podido afrontar la hipoxia del paciente con perspectivas de éxito rayanas en la seguridad. De otro modo, no cabría imputar el resultado salvo que se acogiera la tesis de un sector doctrinal todavía minoritario, para el que bastaría con que la realización de la acción indicada hubiera supuesto, con seguridad, un incremento de las posibilidades de evitación del resultado (doctrina del incremento del riesgo).

<sup>31</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, I. M.- El delito de omisión. Concepto y sistema: Barcelona 1986, pp. 163 y ss., 199 y ss.

<sup>32</sup> Con los elementos de la causalidad, la creación activa de riesgo, la realización del riesgo en el resultado (imputación objetiva) y la autoría. No entraremos aquí en cuestiones de imputación objetiva, dado que, en general, los casos vistos no parecen plantear problemas de causalidad ni de realización del riesgo creado en el resultado lesivo.

<sup>33</sup> Correctamente, JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia, p. 145.

<sup>34</sup> Sobre los requisitos de tal imputación omisiva, cfr. SILVA SANCHEZ, J. M.- La responsabilidad penal del médico por omisión, LA LEY 1987-1, pp. 955 y ss.

<sup>35</sup> En efecto, tal asunción se explica por la delegación que la empresa sanitaria hace en el anestesista, asumida por éste en virtud de la relación contractual o funcional y el ejercicio efectivo de sus funciones: cfr. UHLENBRUCK, W.- Neue juristische wochenschrift. 1972, p. 2202. Ello determina que el anestesista se configure efectivamente a modo de barrera de contención de riesgos, lo que, caso de ser incumplido, fundamenta la equiparación de su hecho con una comisión activa del mismo delito.

<sup>36</sup> Es a esto a lo que la doctrina dominante, con un criterio más extensivo que el aquí propuesto, denomina "posición de garantía".

<sup>37</sup> Cfr. por todos MIR PUIG, S.- Derecho penal. Parte General. 3. ed., Barcelona 1990, pp. 345-347.

<sup>38</sup> Ni sanción penal, pues, como es sabido, los hechos imprudentes sólo se sancionan cuando les es imputable el resultado producido.



Como resulta patente, ello facilita sustancialmente la imputación en casos de esta factura.

Los casos 3. y 6. son claramente de comisión activa. La alusión en ambos a que el anestesista no comprobó los datos relativos al grupo sanguíneo de la paciente o no realizó las pruebas alérgicas, no debe conducir a error al respecto. Se trata, en realidad, de que ordenó la transfusión o bien practicó. la anestesia, sin adoptar las medidas precautorias establecidas, esto es, con infracción del cuidado debido: ello constituye una causación activa imprudente del resultado y no una mera omisión de su evitación. El caso 4., en cambio, es, a mi juicio, dudoso. Por un lado, puede haber habido una imprudencia activa en la instalación del tubo de oxigenación; por otro lado, una imprudencia omisiva durante la operación por una omisión de la requerida observación del paciente. En la eventual concurrencia de ambas, prevalecería, en virtud de un concurso de leyes, la comisión activa. Por cierto que, además, la imprudencia comisiva, de existir, podría haber sido sustancialmente más grave que la omisiva, en la que aparentemente se centró el TS para fundar su calificación de imprudencia simple.

Los casos 5., 7. y 8 .son supuestos de comisión por omisión caracterizados por la circunstancia de que el anestesista se ausenta de la sala de quirófano o de reanimación, dándose con posterioridad una tentativa, infructuosa, de cumplir con la acción indicada. Valen para ellos, pues, los elementos introducidos en el análisis del caso 2., con el matiz de la presencia aquí de situaciones de coautoría imprudente o, al menos, de autoría accesoria. Nuevamente se constata que el TS, como en él es usual en los casos de hechos imprudentes, rehuye dilucidar si éstos realizan el tipo en comisión activa o en comisión por omisión, eludiendo entrar en detalle en los elementos de la imputación a título de esta última. Así, se observa que en la resolución sobre el caso 7. se alude a la presencia de una relación causal y directa según leyes de experiencia entre el abandono del quirófano y la falta de oxigenación, lo que es manifiestamente incorrecto. Correcto es, en cambio, el planteamiento que se efectúa en la sentencia que resuelve el caso 8: en ella se fundamenta la imputación del resultado lesivo en que se han omitido elementales precauciones, añadiéndose: "... de haber adoptado

tan elementales y exigibles precauciones, como señala la sentencia de instancia, se hubieran evitado el fatal desenlace o se hubieran aminorado tan graves consecuencias". Obsérvese cómo el uso de la disyunción muestra aquí, en el fondo, una adhesión a las tesis minoritarias que fundan la imputación del resultado no en la probabilidad rayana en la seguridad de evitar dicho resultado lesivo con la realización de la acción indicada, sino en la de una disminución del riesgo o aumento de la probabilidad de salvaguarda del bien jurídico.

Por lo que hace al carácter imprudente de estas ausencias del quirófano, cabe adoptar una conclusión afirmativa, con mínimas dudas. En efecto, al examinar las situaciones de anestesia paralela, la Jurisprudencia y la doctrina alemana que las han examinado con más detalle del que es perceptible en nuestra doctrina vacilan entre el rechazo categórico con exigencia de una presencia permanente del anestesista en el quirófano<sup>39</sup> y la admisión de un relativo margen de maniobra. Según esto último, la anestesia paralela es lícita si el médico que supervisa varias anestесias puede intervenir en cualquier momento y proseguir con la que previamente confiara a personal no especializado; ello requeriría una posibilidad de vigilancia permanente en la que el especialista tuviera contacto visual o auditivo inmediato con el lugar en que se desarrolla<sup>40</sup>. Sentado tal punto de partida, sólo podría sostenerse la impunidad de conductas como las de los casos que ahora nos ocupan desde la perspectiva de la doctrina del estado de necesidad o, al menos, de la inexigibilidad de conducta distinta, figura ésta cuyo papel en la dogmática jurídico-penal de la omisión es sustancial<sup>41</sup>. Sin embargo, a la vista de los datos de que se dispone, no parece que en ninguno de los supuestos pudiera prosperar tal línea argumentativa.

---

<sup>39</sup> Cfr. UHLENBRUCK, W.- Neue Juristische Wochen"chrift 1972, p. 2205. Por lo menos, se dice, el anestesista debe hallarse en condiciones de comprobar permanentemente la intervención, dado el carácter dinámico del proceso anestésico: así en la sentencia del BGH de 18 de marzo de 1974 -III ZR 48 173, publicada en Neue Juristische Wochenschrift 1974, pp. 1424 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. LAUFS.- Arztrecht, 3ª. ed. München 1984, po 130 Rdn. 320.

<sup>41</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, J.M.- El delito, pp. 299-309.

En casos de omisión como los comentados, la responsabilidad civil derivada de delito plantea problemas adicionales a los ya comunes en esta institución<sup>42</sup>. Por un lado, porque se ha llegado a discutir que los delitos de omisión puedan dar lugar a una responsabilidad civil. Así, la STS de 23 de mayo de 1987 (Rep. LA LEY 9239-R) muestra un punto de vista escéptico al señalar que "las infracciones de peligro, de omisión pura o de simple actividad, al igual que las formas de imperfecta ejecución, difícilmente soportan la conducta indemnizatoria, al menos en el supuesto del delito de omisión del deber de socorro cuando el sujeto activo no ha sido el propio creador de la situación de riesgo". Ciertamente, ya Rodríguez Mourullo puso de relieve que si la responsabilidad civil alcanza, además de a los daños materiales, a los morales, entonces no hay duda de que cabe imponerla (aunque ello tampoco sea necesario) tanto en la omisión del deber de socorro como en las formas de imperfecta realización<sup>43</sup>. Con todo, lo que es sustancial hasta el punto de cerrar el debate es la afirmación de que, pese a las dudas que puedan darse en tomo a los delitos de omisión pura "no hay duda de que en los delitos de comisión por omisión el sujeto debe resarcir los resultados que no impidió debido a su conducta omisiva"<sup>44</sup>. Así pues, y en definitiva, la omisión punible de un médico no dará lugar a una responsabilidad civil por el resultado material producido -sino sólo, a lo sumo, por los daños morales derivados de la situa-

<sup>42</sup> En los que no entraremos. Cfr. al respecto ROMEO CASABONA, C.M.- El médico, pp. 95 y ss.; SOLA RECHE, E. / HERNANDEZ PLASENCIA, I. U. / ROMEO CASABONA, C.M.- La responsabilidad, pp. 112 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, G.- La omisión de socorro en el Código penal Madrid 1966. pp. 323 y ss; también CÓRDOBA RODA, I. / RODRIGUEZ MOURULLO, G; Comentarios al Código penal. I. Barcelona 1972. p. 957; ya así GÓMEZ ORBANEIA, E.- La acción civil de delito, en Revista de Derecho Privado n° 384, 1949. pp. 185 y ss. 198 y ss. Cfr. por lo demás RODRIGUEZ MOURULLO, G.- El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia, Anuario de Derecho penal ~ Ciencias Penales 1973, pp. 500 y ss, 530-531. donde añade la consideración, más que dudosa. de que en el caso del (actual) art. 489 ter III. aunque el accidente haya sido producido fortuitamente. se imputarán los daños materiales derivados del mismo a la omisión.

<sup>44</sup> Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, O.- Anuario de Derecho Penal ~ Ciencias Penales 1973. p. 530; CÓRDOBA RODA, I./ RODRIGUEZ MOURULLO, O. Comentarios. I, p. 958.

ción de abandono<sup>45</sup> -cuando se trate de un delito de omisión pura. En cambio, y en virtud de la imputación -también general- del resultado lesivo producido, en los delitos de comisión por omisión (como los que aquí examinamos) podrá haber responsabilidad civil por los daños materiales surgidos, en términos equivalentes a los de la comisión activa<sup>46</sup>. Como se observará, todo ello hace especialmente importante, por un motivo más, la distinción entre delitos de omisión pura y de comisión por omisión en el ámbito de la actuación médica<sup>47</sup>. Por otra parte, y para concluir, conviene no ignorar que también en la responsabilidad civil derivada de un delito de comisión por omisión se suscitarán problemas en cuanto a la determinación de si el sujeto omitente habría podido evitar el resultado de haber realizado la acción indicada o no (esto es, en relación con la denominada "causalidad hipotética").

#### 4.- La articulación de la responsabilidad del anestesista con la de otros profesionales médico-sanitarios.

a) La relación entre cirujano y anestesista es una relación caracterizada por la división horizontal del trabajo, con la correspondiente autonomía recíproca, la necesaria coordinación y la vigencia del principio de confianza<sup>48</sup>. La noción de auto-

<sup>45</sup> Cfr. DÜTZ, W.- Zur privatrechtlichen Bedeutung unterlassener Hilfeleistung, Neue Juristische Wochenschrift 1970, pp. 1822 y ss; también la STS de 9 de mayo de 1983 (JC 676). Por otro lado, STS (1°) de 6 de julio de 1990, ponente Sr. Fernández-Cid de Temes (Rep. LA LEY 12.037), que señala la privación de asistencia médica a un paciente en situación grave, con la consiguiente imposibilidad de tratamiento, vulnera el deber fundamental de asistencia médica, "cuya conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, Con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinado en el art. 1.902 CC".

<sup>46</sup> Cfr., entre otras, la STS de 8 de febrero de 1964 (JC 241). También. LARENZ, K. Lehrbuch des Schuldrechts, II, BT, II a ed., München 1977, pp. 524 y ss.; LAWSON, F.H.I MARKESINIS, B. S. Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law, I, Cambridge 1982, pp. 71 y ss, 95, 181.

<sup>47</sup> Cfr. sobre ello SILVA SANCHEZ, J.M. LA LEY 1987-1 pp. 955 y ss.

<sup>48</sup> Subraya la vigencia del principio de confianza como elemento de restricción de las exigencias del deber de cuidado en ámbitos de división funcional del trabajo como, por ejemplo, la relación entre cirujano y anestesista. CRAMER, Schronke I

nomía recíproca aparece con claridad en la STS de 7 de julio de 1993, cuando en ella se señala que "el anestesista asume, dentro del equipo médico de que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad (preparación, ejecución y vigilancia del procedimiento de narcosis y control de las constantes biológicas del intervenido)". Eso implica directamente que, al no existir una relación jerárquica entre ambos, no recae sobre el cirujano un deber de vigilancia de las actuaciones del anestesista sino que, por el contrario, y salvo dato expreso en contra, el cirujano puede contar con la corrección de las indicaciones que le hace el anestesista así como con el respeto al cuidado debido en las actuaciones de éste. Esta vigencia inicial del principio de confianza con la directa consecuencia de la no responsabilización del cirujano se muestra con claridad por el TS en el caso 1., en el que el cirujano no resultó condenado. Del mismo modo, su decaimiento -y la responsabilidad del cirujano- se advierten tan pronto como hay motivos para dudar de la corrección de la actuación del anestesista: así, en el caso 5. En la sentencia de 4 de septiembre de 1991, que resuelve el recurso de casación, planteado con ocasión de dicho caso, se empieza, en efecto, reconociendo que una operación quirúrgica "no está constituida por actividades inconexas de los sujetos que intervienen en ella, debiendo actuar todos ellos, anestesista, instrumentista y auxiliar, como los de este supuesto, cada uno en su cometido y para ayudar y facilitar la intervención que realiza el cirujano, pues ninguna de las demás actividades es autónoma en sí misma". Así las cosas, si al cirujano le consta la realización de una conducta defectuosa por parte del anestesista y prosigue la operación, sin hacer nada para evitarla, se le puede hacer responsable, lo que no supone que se le condene en virtud de una conducta ajena y no propia. Ciertamente, "no se trata de reprochar culpabilísticamente al recurrente por una conducta ajena (...) sino por una conducta propia, de carácter omisivo, que es determinante de la ejecución de un resultado típico del correspondiente delito" (FJ 3º). Como subraya la

propia sentencia "la conducta imprudente del recurrente comienza por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano" (FJ 3º) porque "aunque el cirujano tenga un cometido de actuación en su campo operativo y no vigile directamente las incidencias que refleje el monitor, debió ordenar su conexión, y si era el anestesista a quien tal cometido incumbía, no permitir que se ausentara del quirófano una vez iniciada la operación. La imprudencia no surge únicamente de la falta de vigilancia del aparato, que consta no se conectó, sino que teniendo el deber de ordenar y exigir que tal conexión se efectuara, lo que no comprobó, autoriza la salida del anestesista para atender otra intervención quirúrgica en distinta planta del hospital", Dado que la relación entre cirujano y anestesista es horizontal y no vertical, el cirujano no tiene que vigilar la práctica de la anestesia y reanimación, pero sí "que la anestesia se efectúe con el control y la vigilancia precisos"<sup>49</sup>.

b) Como muestra la lectura del caso 3., el principio de confianza no rige en la relación del anestesista con el analista. No cabe, por tanto, eximir a aquél sobre la base de que pueda contar con que los datos que le suministra el analista son correctos salvo indicio en contrario. En efecto, en la sentencia se indica, como fundamento de la imprudencia punible del anestesista, que éste ordenó una transfusión sanguínea a la paciente para elevar su tono vital y mejorar el estado postoperatorio de la misma según el grupo que le indicó el analista y "sin comprobar por ningún

---

<sup>49</sup> En misma línea, la STS de 1º de octubre de 1979 (A. 3577), en la que se sienta la doctrina de que el cirujano no está exonerado del deber de vigilancia por la existencia de un anestesista pues éste "atendía simultáneamente a dos pacientes que estaban siendo operados en quirófanos distintos, aunque contiguos". En efecto, "aun reconociendo que la previsibilidad del evento o riesgo es de tal magnitud en el campo de la cirugía que hace disminuir su operatividad en la determinación de la imprudencia y que el principio de confianza, basado en el normal comportamiento de las demás personas que intervienen en la misma actividad igualmente disminuye la intensidad de la diligencia que se ha de tener en actos extraños al específico que cada interviniente tiene que realizar, igualmente hay que reconocer que esta magnitud de la previsibilidad exige y requiere una mayor diligencia de la conducta, ampliada también a la de terceras personas, cuando éstas no cumplen por abandono o deficiente prestación de la actividad, como ocurre en el presente caso, al prestar el anestesista sus funciones a dos pacientes de forma simultánea..." (los resaltados son míos).

medio personalmente ni por persona alguna, el grupo sanguíneo que verdaderamente correspondía a la enferma", La razón de ello es la existencia de un deber específico del anestesista (y que prima por tanto sobre el principio genérico de confianza como regulador de las relaciones de división horizontal del trabajo) en relación con la preparación y control de la sangre para las posibles transfusiones necesarias en la intervención quirúrgica<sup>50</sup>. Así, el anestesista ha de proceder personalmente a identificar el grupo sanguíneo del paciente comprobando que se corresponde con el de la sangre preparada para la eventual transfusión: a tal efecto se establece el principio de recomprobación de los grupos sanguíneos y de realización de la prueba cruzada<sup>51</sup>, cuya infracción es el fundamentode la sanción en el caso comentado<sup>52</sup>.

c) La Jurisprudencia ha caracterizado en algún caso el cumplimiento de los deberes de cuidado del anestesista como indelegables. Así, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de julio de 1993, indica que "el cometido de la anestesia es de su exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico". La doctrina, en cambio, y con razón, mantiene el principio opuesto. En concreto, señala el monografista Agustín Jorge Barreiro que:

"...el anestesista ha de considerarse el único responsable de los errores o fallos en que pueda incurrir en el marco de los cometidos que son de su exclusiva y personal incumbencia (como la elección del procedimiento anestésico, la dosificación de los medios anestésicos, la ejecución y el control de la narcosis) que no podrá delegar lícitamente en personal auxiliar no médico (enfermeras, ATS)", mientras que, por el contrario, "el anestesista sí puede delegar ciertas actividades

como poner inyecciones, dar la medicación oportuna al paciente con el fin de prepararle para la anestesia- en el personal auxiliar no médico, debiendo -en todo caso- adoptar las adecuadas medidas de prevención -como la de facilitar las indicaciones por escrito- para evitar los peligros típicos de fallos en la comunicación o en la coordinación"<sup>53</sup>. En particular, admite la posibilidad de delegación del examen y control (antes de utilizarlos) de los aparatos que se encargan de mantener las constantes vitales del paciente al personal auxiliar cualificado y digno de confianza<sup>54</sup>. A lo que se añade algo que resulta obvio: "la licitud de la delegación de funciones, por parte del anestesista, en personal auxiliar médico (ayudantes médicos), dependerá tanto de la cualificación y experiencia de éste como de las dificultades que puedan entrañar los cometidos delegados"<sup>55</sup>. Comparto las declaraciones anteriores, En principio, no hay ninguna razón para excluir al anestesista del principio general de delegabilidad, propio de las situaciones de división vertical del trabajo, Ocurre, sin embargo, que la delegación exige que el delegado sea competente para recibir la delegación y que disponga de los medios, tanto intelectuales como materiales, para cumplirla. Corresponde, pues, al delegante la correcta selección e información (mediante una adecuada comunicación), así como otras funciones de dirección y vigilancia, quedando tan sólo exento de la adopción de cautelas concretas en relación con eventuales, y asimismo concretas, infracciones del deber de cuidado<sup>56</sup>. Así las cosas, y ya centrándonos en alguno de los casos que ahora nos ocupan, se trata de determinar si es delegable en un auxiliar (enfermero, ATS) la vigilancia del paciente durante la intervención quirúrgica. En el supuesto del caso 7., en el que el anestesista recurrente

<sup>50</sup> JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 143.

<sup>51</sup> JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, *ibidem*.

<sup>52</sup> Al igual que en la de 13 de octubre de 1981 (A. 3636), en la que se hace responsable de una transfusión de sangre incompatible aplicada a la paciente tanto a la matrona, que en la lectura de la ficha confundió un grupo sanguíneo con otro, como al anestesista-reanimador "que no comprobó personalmente el grupo sanguíneo que correspondía a la enferma".

<sup>53</sup> JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 146.

<sup>54</sup> JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 142.

<sup>55</sup> JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia punible, p. 147; LAUFS, ARZTRECHT, 3a ed., p. 131 Rdn. 320: "intervenciones y aplicaciones que presupongan una capacidad específicamente médica o de médico-especialista no pertenecen al ámbito del personal auxiliar".

<sup>56</sup> CRAMER, en Schönke / Schröder, StGBK, 24. ed., S 15 Rdn 152.

pretende escudarse en la presencia de una Ayudante Técnico Sanitario experta en anestesia. Pues bien, a mi juicio, la solución del Tribunal Supremo de rechazar el alegato en este caso es la correcta. Podría, en efecto, eventualmente, delegarse en una ATS la vigilancia por unos instantes de un paciente monitorizado, porque ello es algo que la persona delegada puede acometer con los conocimientos de su competencia<sup>57</sup>. En cambio, es, en todo caso, más que dudoso que tenga competencia para percibir y diagnosticar, sin tal base de la monitorización, una eventual situación de hipoxia. El diagnóstico, según entiendo, es competencia del médico especialista, mientras que del personal auxiliar no cabe esperar más que un apoyo técnico.

## 5. La responsabilidad del director del hospital

Si, como sucede en estos casos, es un centro sanitario, público o privado, el que asume la atención del enfermo, el director del hospital es el representante de dicho centro sanitario. En esa medida, a él le compete el deber de cuidado originario en relación con los bienes jurídicos de los pacientes. De él es la competencia inicial al respecto, por asunción, ya él es a quien en primera instancia podrían imputársele responsabilidades en comisión por omisión<sup>58</sup>: Ahora bien, la división vertical del trabajo determina que dicha competencia sea delegable y de hecho se delega en el personal sanitario que contrata con el hospital en los términos correspondientes o resulta adscrito funcionalmente al mismo. Este personal asume, en virtud de su relación con el hospital, la competencia -y con ella el deber y la responsabilidad- de la realización de actos concretos en relación con los pacientes, pudiendo surgir hechos delictivos -además de en comisión activa- en comisión por omisión. Sin embargo, como es sabido, el acto de delegación no implica una pérdida de todo deber

en el sujeto delegante en relación con la conducta de los sujetos delegados. Más bien sucede que la posición jurídica del delegante se transforma, quedando, pues, unas competencias residuales, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad. Entre ellas, la selección, la formación e información, la dotación de medios económicos y materiales, la organización y coordinación, y, en fin, la supervisión y vigilancia (al nivel en que ésta es posible) de las conductas de los subordinados en los que se ha delegado<sup>59</sup>. Este esquema, que ha sido más desarrollado para las estructuras jerárquicas propias de la empresa, es asimismo aplicable a la relación jerárquica que aquí cabe advertir.

Mientras el delegado no renuncie, el delegante retiene sólo aquellas funciones. Así, el director queda exento de responsabilidad penal por hechos imprudentes cometidos por el anestesista salvo que, a su vez, haya infringido imprudentemente alguno de los deberes residuales que todavía le competen. Tal infracción no se da en el caso 7., en el que el Tribunal Supremo declara que no cabe dirigir responsabilidad por los hechos contra la dirección médica del hospital "porque los niveles de cobertura y equipamiento en el aspecto de los medios técnicos era el adecuado, y en el aspecto de los medios personales, tratándose en el caso concreto de operaciones no urgentes y programadas con tiempo (estrabismo y fimosis), no se advierte una situación de urgencia que obligara a una intervención simultánea en las dos operaciones". En cambio, en el caso 5. consta que el Director del Hospital conocía la asistencia simultánea del anestesista en dos operaciones y en distintos quirófanos, "por ser tal actuación práctica habitual tolerada por el director". En este supuesto, por tanto, el Director incumple los deberes de cuidado, en particular de organización y coordinación de las diferentes actividades delegadas en los profesionales del centro sanitario, que constituyen deberes residuales derivados de la competencia primigenia de dicho sujeto delegante. Como señala la STS de 4 de septiembre de 1991 "la conducta del recurrente, Médico y director del Hospital que conocía y autorizaba la realización de simultáneas intervenciones de un único anestesista en diferentes

---

<sup>57</sup> Baste insistir al respecto en las consideraciones efectuadas más arriba sobre que el anestesista, aunque se sirva de personal auxiliar, debe vigilar permanentemente el acto anestésico e intervenir sin demora ante cualquier incidente; así, LAUFS, *Arztrecht*, 3a ed., p. 130 Rdn. 320.

<sup>58</sup> Más frecuentes que las responsabilidades por comisión activa, que obviamente, también pueden tener lugar aquí.

---

<sup>59</sup> Cfr. LAUFS, *Arztrecht*, 3ª ed., p. 128, Rdn 314

quirófanos, presenta virtualidad causal conjuntamente con la conducta de los otros encausados, con el resultado de fallecimiento del enfermo. Si no hubiere tolerado una peligrosa y gravemente negligente práctica, es evidente que el encargado de la anestesia, su control, vigilancia y efectos, hubiera detectado aquellos primeros síntomas de anormalidad, al permanecer junto al paciente, que percibidos tardíamente por el cirujano no permitió que pudiera evitarse el fatal desenlace que era perfectamente previsible. La existencia de culpa en el recurrente se desprende de la conducta exigible al mismo en su doble calidad de médico y director, que no debió permitir esa peligrosa y habitual práctica de abandono y ausencia del debido control y vigilancia en los facultativos de la anestesia, conociendo y debiendo conocer los peligros que ésta origina, especialmente cuando es general, y que se desencadenan tanto durante la intervención como en el postoperatorio". Así pues, cabe apreciar la concurrencia de ambas imprudencias: la del delegante, por no supervisar (en otros casos sería por no dotar económicamente, etc); y la del delegado, por omitir las conductas debidas (en otros casos sería por actuar en tales circunstancias)<sup>60</sup>.

## 6. Los problemas de la llamada "imprudencia profesional"

Como es sabido, el párrafo II del art. 565 contiene la trascendente declaración de que "cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421, 2º, a consecuencia de impericia o de negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a

---

<sup>60</sup> Cfr. también la importante STS de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), ponente Sr. De Vega Ruiz. En el caso, como es sabido, la Jefa del Servicio de Hematología y Hemoterapia había solicitado al Director Médico que éste diera la orden de realizar las pruebas anti-Sida con determinados reactivos. Este, siendo competente en cuestiones de dirección, coordinación y evaluación, desoyó la petición, mientras que ella, sabedora de que no se realizaban tales pruebas, en lugar de negarse a practicar transfusiones o acudir a bancos de sangre de otros centros hospitalarios, siguió consintiendo en tales actividades. El TS imputó a la Jefa del Servicio de hematología -de modo discutible sólo una imprudencia simple, mientras que en el comportamiento del Director Médico se advirtió una imprudencia temeraria.

juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad". Se trata, obvio es decirlo, de la referencia legal que ha servido de punto de partida para la discusión en torno a la compleja cuestión de la "imprudencia profesional"<sup>61</sup>. Una modalidad de imprudencia, cuya apreciación -y esto no debe olvidarse en todo lo que sigue implica directamente el ingreso en prisión del condenado, que no podrá beneficiarse, ni aun siendo delincuente primario, de los beneficios de la condena condicional. Es más, de aplicarse el último inciso del párrafo supra reproducido, la pena puede llegar a ser extraordinariamente alta: a saber, la misma del homicidio doloso. De ahí que alguna sentencia del Tribunal Supremo (STS de 26 de junio de 1980, por ejemplo) llegue incluso a indicar expresamente que tal agravación ha de apreciarse con "ponderación y mesura", algo que, a mi entender, subyace en todos los pronunciamientos al respecto.

Una enumeración de los aspectos conflictivos en relación con el párrafo II del art. 565 nos mostraría los siguientes puntos: a) si la agravante es aplicable sólo a profesionales en el ejercicio de su profesión o también a terceros que realizan actos propios de la misma; b) si los términos "impericia" y "negligencia profesional" coinciden o designan situaciones distintas y, en todo caso, cuál es su contenido; c) si toda imprudencia del profesional en el ejercicio de su profesión es incluíble en la agravación o no; d) cuál es el fundamento de la agravación y si el mismo permite sostenerla; y e) cuál es el sentido y alcance de la superagravación del art. 552 II in fine. Aquí nos detendremos muy poco en las dos primeras, que, en realidad, cabe estimar de escasa trascendencia a los efectos que interesan en este comentario. Así, en relación a la primera cuestión, la doctrina y la jurisprudencia dominante exigen que el sujeto activo sea un profesional para apreciar la agravación<sup>62</sup>. Lo cierto

---

<sup>61</sup> Cfr. sobre ella la completa exposición de JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia profesional, en Cuadernos de Derecho Judicial, "La imprudencia", CGPJ Madrid 1993, pp. 222 y ss. También COBOS GOMEZ DE LINARES, M.A. El problema de las lagunas "conscientes" y la jurisprudencia "creativa" a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional, Poder Judicial, la época, 18, 1990, pp. 113 y ss.

<sup>62</sup> JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia profesional, p. 228. 1881

es, sin embargo, que cabe perfectamente advertir una "impericia" en quien, sin ser profesional en sentido estricto, realiza una determinada conducta, sin los conocimientos o cautelas necesarios en el sector profesional al que aquélla pertenece<sup>63</sup>. Si gramaticalmente ello es factible, y en la medida en que no haya razones teleológicas para no incluir en la agravación tales supuestos, parece que serían más los argumentos para sostener la interpretación amplia. Sin embargo esto último es lo que hay que decidir más adelante: cuál es el fundamento de la agravación y si éste permite extenderla a las impericias de sujetos no profesionales.

Otra cuestión es la relativa al debate sobre el sentido de los términos "impericia" y "negligencia profesional" y, ante todo, sobre su eventual coincidencia o divergencia<sup>64</sup>. Para un sector doctrinal y jurisprudencial, son conceptos que coinciden<sup>65</sup>. Para otro, en cambio, debe entenderse por impericia la falta de los conocimientos que se presuponen al miembro de determinada profesión, mientras que la negligencia profesional aludiría a una

defectuosa ejecución<sup>66</sup>. En realidad, salvo que se entienda que la impericia alcanza también a no profesionales, el concepto de negligencia absorbería al de impericia, pues parece obvio que una negligencia profesional corra "prende tanto déficits en los conocimientos como en la ejecución. Por ello, puede pensarse que, en alguna medida, esta cuestión depende de la anterior. La impericia de un profesional es, pues, una modalidad evidente de negligencia profesional. Pero cabría, si se acepta una de las tesis expuestas más arriba, una impericia de no profesional. Y, por otro lado, una negligencia profesional no caracterizada por déficits de conocimientos, Todo ello nos conduce a los siguientes, y centrales, puntos temáticos: si se puede, y cómo, distinguir entre la imprudencia de un profesional y la "imprudencia profesional", y si es adecuado efectuar tal distinción. Como es sabido el Tribunal Supremo aplicó inicialmente la agravante de modo automático<sup>67</sup>, pasando después a establecer la distinción que ahora nos ocupa. Taxativamente señala en esta línea la STS de 26 de abril de 1984: "la culpa de un profesional anestesista no entraña, por sí sola, la impericia o negligencia profesional que, como agravante específica, se recoge en el párrafo segundo del art. 565 del Código penal"<sup>68</sup>. La "imprudencia profesional" es más grave -se dice que la imprudencia común del profesional. Las razones de tal mayor gravedad las expresa en los siguientes términos la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1988:

"... inobservancia de la lex artis y de las preocupaciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisciplinable que una persona que pertenece a la profesión o actividad

---

<sup>63</sup> MIR PUIG, S. Adiciones al Tratado de Jescheck, II, Barcelona 1981, p. 808; CERESO MIR, J. Curso de Derecho penal, I, 1, 3ª ed., Madrid 1985, p. 395; CORCOY BIDASOLO, M. El delito imprudente, p. 165, 166; BUSTOS RAMIREZ, J. Manual de Derecho penal, PG, 4ª ed. (a cargo de H. Hormazábal), Barcelona 1994, p. 363.

<sup>64</sup> Sobre el debate, JORGE BARREIRO, Agustín, La imprudencia, p. 108.

<sup>65</sup> Así RUIZ V ADILLO, E. La responsabilidad, p. 128. También, por ejemplo, la STS de 26 de junio de 1980, que apunta que "el otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea indudablemente una presunción de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia entendiendo por talla incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia puede hallar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la lex artis, pudiendo así distinguirse entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia". Igualmente, la STS de 4 de septiembre de 1991 se refiere al desconocimiento de las "normas técnicas exigibles", identificando la culpa profesional con la "impericia o negligencia profesional, incompatibles con la profesión, practicándola con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria". En fin, también la STS de 26 de abril de 1994 afirma que la culpa profesional "descansa en la impericia, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente",

---

<sup>66</sup> Cfr., por ejemplo, SOLA RECHE, E./ HERNANDEZ PLASENCIA, J. U./ ROMEO CASABONA, C. M.- La responsabilidad, p. 111; JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 255.

<sup>67</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 253.

<sup>68</sup> La STS de 24.11.1989 (A. 8720), ponente Sr. García Pérez, indica al respecto: "... el respeto al art. 9.3 de la Constitución Española exige evitar que se eleve a la categoría de ordinaria una agravación que legalmente aparece como excepcional. Así las cosas, si bien la imprudencia achacable al médico procesado se presenta cometida en el ejercicio de la Medicina, del relato de hechos no se desprende meridianamente que su culpa encierre, en el particular caso que nos ocupa, la negación de la profesionalidad, sino un extremado, pero común descuido (los resaltados son míos).

de que se trate ya la que se presumen especiales conocimientos y el dominio de la técnica propia de las mismas, proceda de un modo ignaro o inducto, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional o conduciéndose con singulares descuido, abandono o ligereza, impropios de las reglas deontológicas que rigen el ejercicio de su profesión, arte u oficio".

Con todo, a la vista de la aplicación de la agravante por los Tribunales en casos diversos, pueden extraerse, al menos tres

conclusiones. En primer lugar, que se hace sumamente difícil distinguir en todo caso las imprudencias profesibnales<sup>69</sup> de las imprudencias temerarias "no profesionales" (esto es, comunes<sup>70</sup>) de los profesionales<sup>71</sup>. En segundo lugar, que resulta discutible desde perspectivas de justicia material el proceder a tal distinción<sup>72</sup>. En tercer lugar, que la jurisprudencia, en lógica derivación de lo primero, no parece aplicar coherentemente su propio criterio distintivo.

Ejemplos de ello serían el hecho de que en el caso 1. el TS rechace la calificación de imprudencia profesional efectuada por la Audiencia provincial: pues, en efecto, consta que la excesiva difusión del agente anestésico provocó un paro respiratorio y un paro cardíaco, pese a lo cual, el anestesista "entendiendo erróneamente que el enfermo se había recuperado del referido paro, y pese a presentar signos o síntomas de lesión cerebral por amnesia", indicó al cirujano que podía iniciar la operación quirúrgica" (en lo que parece un claro error vencible en el diagnóstico, fallo técnico inexcusable). O que el caso 7. rechace el recurso del Fiscal en el que se solicitaba la apreciación,

<sup>69</sup> Como sería, por ejemplo, esterilizar mal o no esterilizar un instrumento quirúrgico.

<sup>70</sup> No motivadas en desconocimiento de las reglas técnicas ni en descuidos en su aplicación.

Así, el recoger por escrito un tratamiento de modo erróneo.

<sup>71</sup> De "impracticabilidad" habla COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.- Poder Judicial 18, 1990, p. 125-127. Cfr. también JORGE BARREIRO, Alberto.- La imprudencia profesional, p. 254, 256; BUSTOS RAMÍREZ, J.- Manual, 4. ed., p. 364.

<sup>72</sup> JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional p. 256.

asimismo, de la citada agravación, pese a sostenerse expresamente en el FJ 2º de la sentencia que con su conducta el anestesista revelaba "una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un control y vigilancia, siempre efectiva, sobre la situación del operado y sus constantes biológicas". O, en fin, la no apreciación de la agravante en la STS de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), de las transfusiones de sangre contaminada del VIH<sup>73</sup>.

La conclusión final sería que "no parece fácil ni conveniente diferenciar entre el acto estrictamente técnico y los de carácter común que coadyuvan a su ejecución"<sup>74</sup> y que, por tanto, la agravante carece de sentido<sup>75</sup>. Con todo, un sector doctrinal intenta aportar algún dato que pudiera fundamentar la distinción. Así, se señala que, dado que el Estado exige habilitación a través del título correspondiente para realizar ciertas actividades, resulta "más grave la infracción de deberes de cuidado establecidos en normas técnicas o por carecer de la cualificación técnica que se les presume (acreditada por la titulación correspondiente)"<sup>76</sup>. La idea, si la entiendo bien, es que los destinatarios de los servicios profesionales ponen una especial confianza en los conocimientos del profesional y en su adecuada puesta en práctica. Mientras tanto, respecto al resto de aspectos que inciden en el ejercicio de la profesión no habría por qué tener más confianza que la común y la infracción de deberes de cuidado en este ámbito mostraría una gravedad igualmente común. Por ejemplo, no cabría tener más confianza que la común en el hecho de que un facultativo no se dormiría o no se

<sup>73</sup> COROS GÓMEZ DE LINARES, M.A.- Poder Judicial 18, 1990, p. 115. Cfr. , además, JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 257: En otros casos el TS parece aplicar la agravante a casos de imprudencias, en principio, comunes.

<sup>74</sup> JORGE BARREIRO, Agustín.- La imprudencia profesional, p. 257

<sup>75</sup> Críticos respecto a la misma también, CEREZO MIR, J. Curso, I, 1,3ª, p. 395; SOLA RECHE, E./ HERNANDEZ PLASENCIA, I. U. / ROMEO CASABONA, C. M.- La responsabilidad, p. III; BUSTOS RAMÍREZ, J.- Manual, 4ª, p. 364

<sup>76</sup> Así, SOLA RECHE, E./ HERNANDEZ PLASENCIA, J.U / ROMEO CASABONA, C. M.- La responsabilidad, p. III. Al respecto COBOS GÓMEZ DE LINARES, Poder Judicial 18, 1990, p. 121, 127-128



retirará del lugar en que procede que esté. Pero existe fundamento para tener una confianza específica en que prescribirá correctamente las dosis de medicamentos, o en que examinará correctamente al paciente.

A mi juicio, es cierto que la asunción de un tratamiento p+or un profesional genera una confianza cualificada en terceras personas, de modo que, al producirse la consiguiente inhibición de éstas, se incrementa la situación de peligro para el bien jurídico. Se trata de una confianza cualificada porque su génesis se halla no sólo en la asunción por el profesional del cuidado del paciente -pues podría surgir la confianza también de la asunción por un sujeto no profesional- sino también en que quien ha asumido dicho cuidado goza de un monopolio, protegido por el Estado, para la realización de ciertos actos, en virtud de una presunción de conocimiento de determinadas materias y dominio de ciertas técnicas. La asunción por profesional determina la inhibición de terceros en general y de otros profesionales en particular. Todo ello puede abonar que el concepto de temeridad (concepto valorativo, según se vio) adquiriera un ámbito mayor en la actividad profesional. Sin embargo resulta más que dudoso que, a partir de ahí, quepa distinguir -con la consiguiente emisión de juicios de diversa gravedad- entre infracción del cuidado en actos estrictamente técnicos y en actos coadyuvantes. a éstos. Sobre todo, porque parece difícil sostener que las normas profesionales de cuidado no hayan incorporado como propias las normas comunes de cuidado en la realización de tales actos coadyuvantes. Asumo, pues, en fin, la crítica de quienes estiman imposible una distinción clara entre imprudencias comunes del profesional en el ejercicio de su actividad e imprudencias profesionales stricto sensu. Sin embargo, añado que en la asunción cualificada<sup>77</sup> propia del ejercicio de su actividad por un profesional -cuando, además, se trata de los más importantes bienes jurídicos se dan elementos que pueden abonar en mayor medida la apreciación de una imprudencia temeraria o, en todo caso, una agravación de la pena frente a otras imprudencias

---

<sup>77</sup> En mayor medida que en la asunción genérica de quien, sin ser profesional, inicia una determinada actividad profesional sin los conocimientos necesarios.

temerarias. Ello puede parecer un retorno a la vieja doctrina de la "imprudencia del profesional". Y, ciertamente, la misma no me parece rechazable por completo si se entiende que su fundamento no es el "ser profesional", sino la confianza cualificada de terceros (y la consiguiente confianza reforzada del profesional) en los casos en que el sujeto asume efectivamente el cuidado de una determinada actividad que afecta de modo sustancial a la vida y salud de las personas. En todo caso, la regulación legal no es, desde el punto de vista técnico, la adecuada.

Un último aspecto del art. 565, II es el relativo a la superagravación en casos en que el mal sea de "extrema gravedad"<sup>78</sup>. A propósito de la misma, se ha afirmado que, dado que los males de partida ya son graves, habría que comprender aquí los casos de males plurales o catastróficos<sup>79</sup>. En todo caso, se constata la enorme indeterminación de la fórmula, por lo que se propone su supresión<sup>80</sup>. A mi juicio, la fórmula sólo es plenamente inteligible a partir de una concepción del art. 565 como expresión de un "crimen culpae" (un único delito de imprudencia, con uno o varios resultados, de muerte o lesiones, por ejemplo) y no como base de la configuración de varios "crimina culposa" (diversos delitos de homicidio imprudente, diversos delitos de lesiones imprudentes). En efecto, si se parte de lo primero, tiene cierto sentido que, en el caso de que una sola conducta imprudente produzca gran número de resultados lesivos de la vida o salud individuales, se prevea una agravación específica. Desde la perspectiva de los "crimina culposa", que es la unánimemente acogida por la doctrina, en cambio, habrían de regir en tal caso las reglas concursales generales. Es éste un tema en el que la doctrina tradicional parte de la solución del concurso ideal de delitos, si bien es creciente el punto de vista favorable al

---

<sup>78</sup> Crítico al respecto, BUSTOS RAMIREZ, J. Manual, 4., p. 364.

<sup>79</sup> ROMEO CASABONA, C. M. Los delitos culpables en la reforma penal, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales 1990, pp. 443 y 88.,451.

<sup>80</sup> ROMEO CASABONA, C.M. - Ibidem.

concurso real<sup>81</sup>. Así las cosas, la expresión del art. 565 II in fine podría interpretarse como una regla especial (lex specialis) para los casos de varios homicidios o lesiones imprudentes cometidos por un solo acto profesional, que desplazaría a las reglas del art. 69 CP (o 71 CP, si el punto de vista acogido es el del concurso ideal).

---

<sup>81</sup> Cfr. MIR PUIG, S.PG, 3., p. 730 nota 27, si bien sin pronunciarse sobre hechos imprudentes y no homogéneos, que creo que podrían ser sometidos al mismo criterio.

# El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación

*Manuel Beato Espejo*  
Profesor de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. Planteamiento: Tres sujetos claves en la gestión del Sistema sanitario (el usuario-, el profesional sanitario y la Administración competente). II. Incidencia del gasto público en las prestaciones sanitarias: el medicamento. III. Lex artis y libre prescripción como garantía del derecho a la salud: a) Lo organizativo prima sobre la técnica médica. b) El quantum presupuestario condiciona un tratamiento adecuado. c) Ejemplos de la práctica administrativa. d) Pronunciamientos de los Tribunales de justicia. IV. La Oficina de farmacia y el uso racional de medicamentos: a) Su consideración como establecimiento sanitario, b) ¿La asistencia farmacéutica sólo se garantiza a través de la publicación de la Oficina de Farmacia?, c) Precio del medicamento versus garantía de su uso racional, d) Criterios de determinación del precio de los medicamentos y su incidencia sobre la competencia. e) El margen profesional depende de la estructura del sector. f) El farmacéutico y el uso racional de los medicamentos. V. A modo de conclusión.

## **I. PLANTEAMIENTO:**

Tres sujetos claves en la gestión del Sistema sanitario (el usuario, el profesional sanitario y la Administración competente)

El derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE y el derecho a la atención sanitaria establecido en el art. 1 de la Ley General de Sanidad (LGS), se sustentan, en su regulación y ejercicio, en la acción mutua e interrelacionada de tres elementos claves: el usuario, destinatario del derecho, la Administración Pública, responsable de su tutela a través de la organización de los servicios necesarios, y los profesionales sanitarios que actualizan el deber impuesto a la institución.

La cuestión que queremos analizar ahora está en determinar los niveles de incidencia de la actuación administrativa, dominada hoy por la política presupuestaria, en la actividad profesional del médico y del farmacéutico como agentes más directamente vinculados con la tarea de protección de la salud y la repercusión en los usuarios del servicio que ven rebajados los niveles de prestación de la asistencia sanitaria no sólo como ciudadanos sino también como beneficiarios de la Seguridad Social cuya cotización es obligatoria. Constituyen dos situaciones (la de ciudadano titular de un derecho frente al Sistema Nacional de Salud (SNS) y la de beneficiario del sistema de la Seguridad Social) que deben ir perfectamente separadas.

Es cierto que la presión de la Organización sobre los médicos a través de órdenes, circulares e instrucciones como técnicas propias del principio de jerarquía es histórica y siempre injustificable aunque vayan orientadas a la mejora del servicio mismo, pero cuando el objetivo es otro, rebajar costes, la aplicación del mandato es aún menos soportable. La pregunta es si la falta de medios económicos paraliza a la Organización y ello afecta negativamente al libre ejercicio de la profesión médica y por ende al derecho a la salud constitucionalmente reconocido. Si así fuera, habría que replantearse el modelo de prestación de asistencia sanitaria que se viene aplicando.

En relación con los farmacéuticos, es unánime el reconocimiento del estrecho control que la Administración sanitaria ejerce sobre la instalación y funcionamiento de las Oficinas de farmacia en aras al derecho a la salud, así como sobre los precios y los beneficios por motivos de ordenación del mercado. Posiblemente esta estrecha reglamentación sea en parte impuesta y en parte aceptada.

Pero, hoy, teniendo en cuenta los intereses en juego que conforman una nueva realidad social, hay que cuestionar si cabe mantener el actual grado de intervención, que, por otra parte, poco a poco, hecho a hecho, se va quebrando.

Y, por último, plantear si el derecho a la salud reconocido a los ciudadanos y concretado en el objetivo de "alcanzar el mayor nivel posible en

razón a los medios técnicos disponibles" debe ejercerse en esa nueva realidad a base de rebajar la calidad de las prestaciones que ya se reciben o de remitir el costo a los propios usuarios. Creemos que en el marco de la Seguridad Social tal medida alteraría sustancialmente la relación jurídica existente a favor de los beneficiarios. Y, sin embargo, en el área del SNS, sustentado en los correspondientes presupuestos, las medidas deben aplicarse a través de la utilización de cauces de información y de concienciación de la población sobre la incidencia de la coyuntura presupuestaria, en su caso, en la prestación del derecho a salud.

Como es sabido, la LGS, con vocación de universalidad, art. 3.2, extiende la asistencia sanitaria pública a toda la población española y, por su parte, la Ley General de la Seguridad Social (LOSS), aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, desde un ámbito más estricto, garantiza también la asistencia sanitaria a los sujetos por ella afectados y en la forma que se determina; art. 38 en relación con el art. 2 y 7<sup>1</sup>. Ello no significa el reconocimiento de un derecho subjetivo a la protección de la salud ya la asistencia sanitaria sin límites pero sí con el tope mínimo de lo que la ciencia y la investigación permita. Hay dos límites en juego, por tanto, uno de carácter cuantitativo, que no acepta rebajar el número de prestaciones a que se tiene derecho y otro referente a la calidad de los servicios que se prestan, que no pueden deteriorarse por razones coyunturales y menos por motivos económicos<sup>2</sup>.

En relación con el derecho del usuario a la prestación farmacéutica, ligada al derecho a la prestación sanitaria, la Ley del Medicamento (LM), artº. 94, altera sustancialmente las condiciones establecidas en la LGS, que reconoce el

---

<sup>1</sup> Como ya señalaba el llamado "Informe Abril" (elaborado en IS por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional Salud), el esquema sanitario de la Seguridad Social se ha transformado en un sistema nacional de salud de financiación y cobertura universal. Véase mi trabajo "Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: Privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el usuario y el ejercicio libre la actividad empresarial" RAP núm. 131. 1993. Pág. 373.

<sup>2</sup> MORELL OCAÑA, L. "Evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria" RAP núm. 63. 1970. Pág. 161. Para quien el mejor cuidado del servicio a la salud del individuo prima sobre el sistema de financiación aplicable.

derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios *que se consideren necesarios* para promover, conservar o establecer la salud, artº 10.14<sup>3</sup>, completando con el deber de la Administración a prestar los productos terapéuticos *precisos*, artº. 18.4, que serán financiados con fondos públicos quedando justificada la exclusión "siempre que haya...una alternativa terapéutica mejor o igual y menos costosa", Disposición adicional 5ª.

Sin embargo, como decíamos, la LM va más allá en cuanto que atribuye al Gobierno la potestad de eliminar de la Seguridad Social medicamentos y productos sanitarios porque "no se justifique o no se estime necesaria" su financiación y teniendo en cuenta los mismos criterios que han de seguirse para incluir o no las nuevas especialidades farmacéuticas (siguiendo las orientaciones del Consejo Interterritorial del SNS y el informe de la Comisión Nacional de Uso Racional de los Medicamentos<sup>4,5</sup>), que constituye una realidad bien distinta.

De los criterios que recoge el artº 94.1 LM el único atendible es el de la existencia de medicamentos disponibles siempre que sean de igual o mejor utilidad terapéutica y, secundariamente, de menor costo. A esta relación utilidad terapéutica/coste es a la que hace referencia, precisamente, el Real Decreto núm. 83/1993, de 22 de enero, sobre selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el SNS, en su exposición de motivos, remitiendo a criterios de la OMS y del

---

<sup>3</sup> PEDREIRA ANDRADE, A. "Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios: Diversas vías de actuación" En Jornadas sobre los derechos de los pacientes. INSALUD. Madrid, 1992. pag. 239 ss. - GONZALEZ NAVARRO, F. El proyecto de la Ley General de Sanidad. IEE. Madrid, 1985, para quién el derecho reconocido en el entonces-nº 9 apartado 14, es pura semántica por su remisión en blanco a normas reglamentarias. - ROMEO CASABONA, CM "Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del Derecho español". En Jornadas sobre... Ob. cit. pag. 171 ss. Que reconoce al paciente la titularidad de un derecho subjetivo, dimanado del derecho a la asistencia sanitaria, a obtener medicamentos.

<sup>4</sup> Comisión creada por RD 1274/1992, de 23 de octubre, que en su nº 2,1.b) y c) establece con carácter preceptivo el informe citado tanto para la propuesta de exclusión como para la revisión periódica de la relación de medicamentos financiados.

<sup>5</sup> Se separa como indicaba el Informe Abril el hecho técnico-administrativo de la inscripción de un nuevo medicamento en el registro farmacológico de la inclusión automática en una lista de compras del sistema.

Consejo de Europa. Los restantes criterios, cuales son gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías y utilidad terapéutica; apartados a) y c), o están condicionados al criterio anterior o están sujetos a los conocimientos técnicos del prescriptor; y los de los apartados b) y d), necesidades de ciertos colectivos y limitación del gasto público, han de ir referidos exclusivamente a la inclusión de medicamentos financiados pero no, creemos, a la exclusión de los existentes.

La exclusión de medicamentos a través de las revisiones periódicas a que hace referencia el párrafo 5º del mismo precepto, que señala que ha de hacerse "de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias, la evolución de los criterios de uso racional, los conocimientos científicos y los criterios incluidos de los números anteriores", ha de ser igualmente interpretado.

Primero pues en la LM y en las disposiciones que han desarrollado el artº 94 los criterios económicos, el gasto farmacéutico, las disponibilidades presupuestarias, que -tienen un valor en el ejercicio de este derecho constitucional pero no puede ser el prioritario y menos si con su aplicación se limitan o condicionan otros derechos de mayor protección que el económico-contable, cual es el del libre ejercicio de la profesión médica o el del usuario a conservar o restablecer su salud.

En suma, pretendemos señalar las formas en que están incidiendo las limitaciones presupuestarias en la asistencia sanitaria y en la prescripción de medicamentos, de una parte, y de otra en el ejercicio por el farmacéutico del derecho a organizar libremente su empresa.

## II. INCIDENCIA DEL GASTO PÚBLICO EN LAS PRESTACIONES SANITARIAS: El medicamento

La LGS, que dedicó su atención, como ya se dijo<sup>6</sup>, a estructurar el Sistema Sanitario, dejó en el vacío, o cuando menos ambiguos, los contenidos básicos que en esencia conforman el derecho que aquí tratamos. Entre ellos ya nuestro propósito,

---

<sup>6</sup> BEATO ESPEJO, \_M "El Sistema sanitario español: Su configuración en la Ley General de Sanidad" RAP nº 120. 1989. Pág. 386.

tienen especial interés: la universalización del sistema con cargo a los presupuestos de las distintas Administraciones Públicas y la prestación de una atención integral de la salud con altos niveles de calidad<sup>7</sup>.

Las directrices que desde la aprobación de la LGS viene manteniendo la Administración es de continua ampliación de los colectivos sociales beneficiados por el SNS así como por el de la Seguridad Social; sin embargo y contradictoriamente se insiste en la reducción del número de prestaciones y del nivel de calidad de las mismas así como en el traslado del coste de la prestación al usuario del servicio. La cuestión está en analizar si tales comportamientos tan dispares e incoherentes se reconocen en la ley reguladora del servicio, la LGS, o son por el contrario decisiones administrativas carentes de la necesaria habilitación y reflejo de la única alternativa que se ha encontrado a la falta de dotación económica en los presupuestos correspondientes. Hay que recordar que las condiciones de juego dentro de la Seguridad Social se establecen por Ley<sup>8</sup>.

Uno de los intentos en esta línea fue la redacción del Informe Abril<sup>9</sup>, que proponía "promover una conciencia de coste, tanto en el profesional sanitario como en el ciudadano, para disminuir el diferencial entre las aspiraciones de la población y las posibilidades económicas"<sup>10</sup>.

Las aplicaciones que esta buena intención contenía eran de distinto orden. Aquí nos interesa resaltar las siguientes:

---

<sup>7</sup> Es voluntad del legislador una "aplicación paulatina" del derecho a obtener "gratuitamente" las prestaciones del sistema sanitario, dependiendo del proceso evolutivo de los costes que en aras a la racionalización que se introduce irán decreciendo. Ver Exposición de motivos de la Las, apartado II.

<sup>8</sup> El Real Decreto Legislativo 1/1994 establece en su artº 16 que las bases y tipos de cotización a la SS serán las que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La correspondiente a 1994, la núm. 21/1993, de 29 de diciembre, las fija en los artículos 104 y 105.

<sup>9</sup> Que no ha visto la luz como norma pues se quedó en mera Proposición no de Ley por motivos extrajurídicos, pero sin duda está sirviendo de fundamento importante a la reforma encubierta, con parcheos, del sistema sanitario.

<sup>10</sup> Informe Abril citado, pág. 41-42.

a) En orden a las prestaciones sanitarias, que ya se reciben, propone un nuevo sistema en su estructura y financiación. Las clasifica a tenor de los siguientes criterios: libres u opcionales, que serán pagadas en gran parte por los usuarios, y básicas, con una participación simbólica del usuario. Se aprovechan para ello los cambios producidos en el sistema de financiación, con aportaciones de orden fiscal, mayoritariamente, y menos sustanciosas a través de las cotizaciones de los propios beneficiarios.

b) En relación con las prestaciones farmacéuticas ya fin de limitar el consumo excesivo de medicamentos, propone reducir las prescripciones, eliminar especialidades del vademecum del SNS y trasladar el coste de las restantes al usuario<sup>11</sup>.

Por su parte el Real Decreto núm. 83/1993, citado, y la Orden de 6 de abril de 1993 que lo desarrolla, en aplicación del artº 94 LM, que ha atenerse a lo dispuesto en la LGS, artículos 10.14, 18.4 y D.A. 5ª, excluyen de la Seguridad Social a las especialidades farmacéuticas que se citan en el anexo I del Real Decreto por referencia del artº 2.2 b), c) y d) y en el anexo 1 de la Orden Ministerial<sup>12</sup>. Hay que añadir las integradas en el apartado 1 del mismo precepto, que corresponden a las exclusiones que ya hacía el artº 105.2 de la Ley de la Seguridad Social de 1974 y al apartado 2 a), las calificadas como publicitarias, del mismo artº 2 del Real Decreto.

Asimismo las citadas disposiciones o más concretamente la Orden Ministerial (que hace referencia en su disposición séptima a las especialidades que dejan de pertenecer al grupo terapéutico de aportación reducida), incrementa, en general, el porcentaje de participación del beneficiario en el pago del medicamento y, en particular, en el grupo terapéutico de aportación reducida, citado, apoyándose en el contenido del artº 95 LM que impone tales obligaciones a los pacientes (remitiendo, dice, a la LGS, suponemos que a la Disposición Adicional 5., que hace referencia a la exclu-

sión de financiación) y de acuerdo con criterios similares a los ya citados del artº 94.1 de la misma Ley, salvo la capacidad de pago que en modo alguno intenta motivar.

La estrategia del SNS está en trasladar el gasto a otros sectores vinculados con el medicamento. En primer lugar al usuario, que además de pagar más por el mismo producto, se encuentra con mayores inconvenientes en su obtención, si lo encuentra, y con un previsible enfrentamiento con el médico, sobre todo. En segundo lugar a los titulados sanitarios, médicos que se ven presionados en el ejercicio de su profesión y farmacéuticos que ven limitados sus beneficios y obligados a cumplir con unas normas que exceden de las normalmente impuestas a otros profesionales. En tercer lugar, y no es el último, a la industria farmacéutica por la repercusión sobre sus márgenes comerciales.

Hay que señalar que la elección de este sector para reducir gastos se debe posiblemente a que es el único sobre el que se tiene datos claros para poder incidir. El gasto farmacéutico representa un 20% del gasto sanitario total.

En definitiva, hay que señalar que esta cruda realidad está bastante alejada de los criterios recogidos en la LM en función a garantizar el uso racional de los medicamentos, como se verá, y que más bien se orienta a promover una conciencia del gasto o de coste que sólo se alcanza a través de la adecuada información y de la suficiente formación para que el ciudadano sepa controlar su demanda sanitaria. y en esta tarea tienen un papel importante los profesionales sanitarios, especialmente médicos y farmacéuticos, que pueden prestar un servicio de calidad con mínimo coste, pero dentro de las normas deontológicas de los médicos, incentivando la prescripción racional, suficiente y de bajo coste, si se quiere, a través de las técnicas de información que se consideren convenientes. Se trata, por tanto, de incrementar la conciencia de coste tanto del profesional como del usuario. Sin embargo, se opta por una aplicación economicista derivada de criterios políticos que el ciudadano acepta sin otra solución que posiblemente su incumplimiento o defraudación.

<sup>11</sup> Informe Abril citado. pág. 60-61

<sup>12</sup> Constituye un número de casi 800 medicamentos cuya finalidad terapéutica era de higiene o para síntomas dermatológicos, anabolizantes o productos antiobesidad y especialidades destinadas a síntomas menores.

### III. LEX ARTIS y LIBRE PRESCRIPCIÓN COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

#### a) Lo organizativo prima sobre la técnica médica

La prevalencia dada a la Organización y el destacamiento de los derechos del ciudadano, coloca al profesional sanitario y en especial al médico en una situación de tensión en el normal ejercicio de su actividad que a mi criterio afecta o puede afectar sustancialmente el logro del objetivo fundamental, el derecho a la salud; precisamente aquello que se pretende proteger. Es decir, la estructura administrativa se superpone a la técnica, que, lejos de verse apoyada por el sistema montado lo considera un obstáculo, a veces, en la consecución de su objetivo: curar al enfermo, asistirle, tratarle.

Por otra parte, el ciudadano protegido por la misma organización exige del profesional unos resultados no siempre alcanzables. Por tanto, el médico, frente a las continuas responsabilidades (civiles, penales y administrativas) que se le demandan se protege con más organización, a modo de garantía personal.

Es evidente que las tres situaciones (una adecuada organización, un estado de libre responsabilidad en el ejercicio profesional y un respeto de los derechos de los usuarios) conviven, se ejercen simultáneamente y colisionan (a veces parece que marchan por caminos distintos), pero han de actuar en un equilibrio necesario. La organización ha de servir aquí al profesional en pro del ciudadano; pero, la verdad es que el usuario presiona a la organización para obtener las máximas prestaciones, ya su vez la organización demanda del profesional unos determinados comportamientos no siempre acordes con los valores propios del "mejor cumplimiento del servicio". para bien del cliente.

Al médico se le demanda que actúe de acuerdo con sus conocimientos, que han de estar al nivel de la ciencia médica, y mediante la aplicación de la técnica adecuada para obtener el resultado exigido. y ello, evidentemente, sólo se consigue en el clima adecuado que se sustenta en el hecho de que se den los requisitos necesarios para

un ejercicio profesional libre y consciente, que de no alcanzar el resultado es causa de imputación de responsabilidad.

Como señala el TS, Sala 2., en Sentencia de 15 de enero de 1986 (Ar. 138), teniendo en cuenta la ausencia de principios inmutables en este campo, el progreso técnico y el factor humano sobre el que actúa el médico, comportando tratamientos distintos y dosis diferentes, señala:

"La responsabilidad médica... ha de ser... proclamada cuando en el tratamiento médico terapéutico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas, que olvidando la *lex artis*, provoque resultados lesivos..."

O la de 16 de abril de 1970, Sala 2. (Ar. 1840) que por el fin humanitario que otorga a la profesión médica y por su condición de ciencia inexacta, "en la que juegan numerosos factores inaprensibles con la aceptación de indudables riesgos en su ejercicio, han de quedar "extramuros de la responsabilidad penal" cuantas conductas de sus profesionales se desarrollen dentro de las "reglas del arte" o de aquellos principios esenciales que tiendan a su normal desenvolvimiento".

Como indica PENACHO MARTINEZ, los conocimientos y la actuación personal del médico, así como su propia intuición, ciencia y arte, constituyen un elemento esencial para el ejercicio de la profesión médica<sup>13</sup>. El tratamiento adecuado en función de los factores humanos sobre los que actúan ha de ser la regla de comportamiento.

#### b) El quantum presupuestario condiciona un tratamiento adecuado

La Ley de Seguridad Social de 1974, en su artº 106, derogado por la LM en lo que se oponga al contenido de su artº 94<sup>14</sup>, establece la libre pres-

<sup>13</sup> PENACHO MARTINEZ, E. "El ordenamiento sanitario como factor de organización jerárquica atenuada" DA núm. 229. 1992. Pág. 217-224.

<sup>14</sup> Como se deduce del contenido de la Disposición Derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/1994, el Capítulo IV del Título II del Texto Articulado sigue vigente. La entrada en vigor del Real Decreto 83/1993, al que se refiere la Disposición Adicional séptima de la LM, sólo establece el día a quo de la capacidad derogatoria de la LM, como señala la Disposición derogatoria única de éste Real Decreto. Véase PENACHO MARTINEZ, ob. cit. en nota anterior, pág. 224-228, con

cripción de los facultativos encargados de los servicios sanitarios siempre que fueran convenientes, los productos farmacéuticos prescritos, para la recuperación de la salud de sus pacientes.

La colisión se produce, por tanto, no en la libertad de prescripción en sí misma considerada como derecho del médico, sino en la relación de productos que puede prescribir como facultativo de la Seguridad Social en cuanto que se separa la decisión de autorizar y registrar una especialidad farmacéutica del hecho de la inclusión en la prestación de la Seguridad Social (lo que supone como decíamos una merma en los derechos reconocidos a favor de los beneficiarios) en cuanto que con la Ley de 1974 podía prescribirse cualquier producto farmacéutico reconocido por la legislación vigente. Por tanto es una limitación cuantitativa y no cualitativa, aunque también, especialmente si, como se espera, la habilitación que hace la LM a favor del Gobierno para revisar periódicamente la relación de medicamentos financiados se aplique a la baja por motivos presupuestarios.

Se mantiene, por tanto, ya pesar de la LM, el derecho a la libre prescripción, como manifestación del derecho al ejercicio libre de la profesión sanitaria, recogido en el artº 88 LGS por la CE, artº 35.1.

Frente a la asignación de recursos financieros como prevé el artº 81 LGS, y que representa una alternativa a la solución del problema, se opta por la segunda vía, cual es que el ciudadano pague de su bolsillo "ciertas" prestaciones sanitarias, dependiendo del presupuesto del SNS. A priori no hay límite pero sí una quiebra del sistema sanitario que mantiene el mismo modelo con profundas grietas.

¿Cuáles son los hitos que evidencian ese cambio no deseado? Varios, y todos orientados hacia el mismo fin, la reducción del gasto sanitario y especialmente del gasto farmacéutico:

a) Control de la prescripción médica, fuente principal del gasto en medicamentos. y ello se

---

referencia al proyecto del citado Real Decreto. Nótese, asimismo, la vinculación, en la Disposición Adicional del citado reglamento, de la Disposición Adicional séptima de la LM y preceptos concordantes con la Disposición Adicional quinta de la LOS y preceptos concordantes, como hicimos referencia.

pretende alcanzar reduciendo el número de especialidades financiadas por la Seguridad Social, exigiendo "visado" previo para prescribir determinados productos de alto precio, lo que supone disuadir al médico y al paciente mediante la técnica de la tramitación burocrática complicada. Visado de inspección y declaración de uso hospitalario que es considerado por todos como un "medicamento" encubierto.

b) Ampliación de la relación de medicamentos de *uso* hospitalario provenientes del elenco de los de *uso* ambulatorio<sup>15</sup>.

c) Envasado de medicamentos en los propios hospitales como ya se hacía en las farmacias militares, de distinta justificación.

d) Intensificación de la política de genéricos a recetar en Centros de salud y ambulatorios, que es en general bien aceptada por los profesionales sanitarios en cuanto que facilita tanto la prescripción como la dispensación y abarata el producto en favor del paciente<sup>16</sup>. En su contra se argumenta la escasa cultura existente sobre ellos, la reducida diferencia de precio con los productos de marca, la poca colaboración entre fabricantes, prescriptores y dispensadores y la duda sobre si el efecto será o no en favor de la calidad.

e) El incremento sustancial de la relación de las llamadas Especialidades Publicitarias, eximiéndolas de receta médica o excluyéndolas de la financiación pública<sup>17</sup>. Aunque ya se contaba con antecedentes normativos sobre estas especialidades, su regulación por la LM es novedosa y también de carácter limitativo por su exclusión "en

---

<sup>15</sup> Las especialidades calificadas de diagnóstico hospitalario podrán ser prescritas por médicos de atención especializada y se requerirá autorización previa para su dispensación a través de receta.

<sup>16</sup> Para los farmacéuticos sería aceptable si la dispensación se hace a través de la Oficinas de farmacia.

<sup>17</sup> Se reconoce de forma más tímida en el Decreto núm. 849/1970, de 21 de marzo, sobre registro, comercialización y publicidad de especialidades farmacéuticas, artº 16, que por su uso generalizado no requiere receta médica, y en el Decreto núm. 946/1978, de 14 de abril, sobre evaluación y control de las prestaciones farmacéuticas, artº 7.1, que las excluye de la prestación de la SS (a que estaban sujetos desde la Orden de 25 de noviembre de 1981 sobre régimen de precios de las especialidades publicitarias, dictada en desarrollo del RD 2730/81, de 19 de octubre)



todo caso" ya que en el Real Decreto núm. 1416/1994, de 25 de junio, sobre publicidad de los medicamentos de uso humano, además de lo dicho, se les libera del régimen de precios autorizados "pudiendo ser fijados libremente por los laboratorios al predominar las competencias por carecer este mercado de estructura monopolística", sin perjuicio de las intervenciones administrativas necesarias por razones económicas sanitarias o sociales.

Estas Especialidades Farmacéuticas Publicitarias o productos OTC<sup>18</sup> que cada año engrosan su número provenientes del grupo de especialidades financiadas y que cumplen un papel fundamental en el recorte presupuestario sanitario, exigen un mayor conocimiento de la población en el autocuidado y la automedicación, lo que hasta ahora no ha sido una política sanitaria fomentada en España, sino más bien lo contrario.

Este cambio cualitativo, que se debe sin duda al incremento en el gasto sanitario y que parte de la presunción en el ciudadano de la capacidad suficiente para realizar su tratamiento sanitario, debe separarse del hecho de la exclusión de la financiación de la Seguridad Social por lo que tiene de limitativo a la libertad de prescripción del facultativo competente. Así lo reconocía el Consejo de Estado en el dictamen emitido sobre el proyecto del Real Decreto 83/1993 al señalar que en la práctica se produciría una tendencia, inducida por el propio paciente, a prescribir productos financiados, o bien, decimos nosotros, a que el cliente opte por adquirir a su costa el producto para librarse de los inconvenientes del Sistema, que es lo que en realidad se busca.

La limitación, pues, de especialidades farmacéuticas disponibles para los beneficiarios de la Seguridad Social es manifiesta y por motivos claramente de contenido económico. No se trata ya de financiar productos farmacéuticos más efi-

caces o menos costosos, como señalaba la LGS, sino que se busca financiar productos "de seguridad y eficacia equiparables y de efectos terapéuticos equivalentes, considerándose la entidad de las ventas de la especialidad" tomando como referencia su precio, como impone la LM y sus normas de desarrollo<sup>19</sup>.

A ello hay que unir, como hecho trascendente, la facultad de revisión anual de la lista de medicamentos financiables. Procedimiento por el cual podrán ser excluidos individualmente medicamentos incluidos el año anterior, lo que provoca que la lista negra se vaya incrementando a criterio del Gobierno, eliminando los más caros y desincentivando la investigación que encuentra escasas garantías en las medidas adoptadas. Se eliminan productos por conceptos tan indeterminados como que son de "utilidad terapéutica baja", "con principios activos sin eficacia demostrada", "asociaciones irracionales de principios activos de eficacia reconocida pero cuya práctica no es aconsejable", etc.

### c) Ejemplos de la práctica administrativa

Ejemplos de estas medidas restrictivas se observan a través de las siguientes técnicas, puestas en marcha por la Administración sanitaria.

a) La Circular núm. 8/1993, de 25 de octubre, dictada por el INSALUD, que bajo el título "Renovación de sellos médicos para prescripción de recetas médicas", motiva las instrucciones que dicta en la tendencia creciente del gasto farmacéutico

y ello obliga a emprender una serie de medidas correctoras que traten de paliar dicha tendencia. "Para ello, se velará por la correcta utilización de talonarios de recetas", determinando quienes son los facultativos que las utilizan y el grado de uso.

Se trata de controlar mediante los correspondientes sellos médicos el número de prescripciones farmacéuticas y su contenido. No es una técnica que directamente afrente al derecho a la libre

---

<sup>18</sup> Son especialidades concebidas para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento y; en caso necesario, tras consultar con el farmacéutico. El citado RD 1416/1994 se dicta en cumplimiento de la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, que regula las condiciones en las que se debe producir la publicidad y de modo especial la dirigida al público, que requiere autorización previa y una calificación como establece el artº 102.2 LGS.

---

<sup>19</sup> Este es uno de los objetivos en la Directiva 89/105/CEE, de 21 de diciembre de 1988, parcialmente traspuesta por el RD 83/93, adoptar medidas de naturaleza económica sobre la comercialización de medicamentos a fin de controlar los gastos de la sanidad pública en dichos productos.

prescripción pero sin duda lo altera y limita y especialmente en el personal sustituto y en el contratado temporalmente.

b) La Circular núm. 9/1993, de 25 de octubre, sobre "control y distribución de talonarios de recetas médicas", también del INSALUD, fija el número máximo de talonarios a entregar a cada facultativo bajo el control de los Centros Distribuidores de Talonarios y Sellos y de la Dirección Médica. La entrega se hará mediante petición del facultativo, con el oportuno formulario, y dejando constancia de su recepción. Ello permitirá llevar una cuenta personalizada de cada facultativo que se verá observado y controlado por sus superiores administrativos, especialmente a través del importe económico de los consumos farmacéuticos que produzca.

Cuando se precise un número superior de recetas al fijado mensualmente "para su correcta prescripción", el facultativo las obtendrá, en su caso, como concesión extraordinaria y previa entrevista con la Dirección Médica.

Similares medidas (informe pormenorizado y motivación suficiente) se han de adoptar cuando la Dirección Provincial solicite mayor número de talonarios de los concedidos.

Es evidente que la primera consecuencia va a ser el enfrentamiento de los pacientes con los médicos que en cierto modo se ven presionados por instrucciones superiores.

c) La Circular núm. 5/1994, de 9 de mayo, sobre "Control de la Incapacidad Laboral Transitoria e Invalidez Provisional, Enfermedad Común y Accidente no Laboral", del mismo organismo, tras reconocer que la duración de la ILT es responsabilidad del facultativo que certifica el proceso, fija unos estándares de duración del diagnóstico y determina la decidida intervención del Inspector Médico en todo el proceso. Se determina, así, la posibilidad de alta por el propio Inspector o la indicación por éste al médico de cabecera de que al paciente se le dé el alta; se encarga a la Inspección de Área de emitir informe sobre la prórroga de la ILT, en su caso; se remitirán a los facultativos prescriptores los indicadores de la prestación, que se citan en la Circular, "para facili-

tar su concienciación en relación con el gasto generado por la prestación".

d) El Real Decreto núm. 946/1978, de 14 de abril, sobre evaluación y control de las prestaciones farmacéuticas, que establece un "visado o medidas cautelares" sobre la prescripción y dispensación siempre que se produzcan desviaciones sobre los "niveles usuales" a tenor de los criterios de la Administración competente. Visado de la Inspección de Servicios Sanitarios que se reconoce en el Concierto suscrito entre el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos y el INSALUD como requisito exigible para la dispensación de ciertos medicamentos<sup>20</sup>.

e) La Orden de 13 de mayo de 1985 sobre medicamentos sometidos a especial control médico en su prescripción y utilización, que obliga al médico prescriptor además de a instruir al paciente y someterlo a un prolongado control, a comunicar a la autoridad competente los efectos adversos que pudieran detectarse.

#### d) Pronunciamientos de los Tribunales de justicia

La jurisprudencia, por su parte y como consecuencia de tales injerencias, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre estos extremos y siempre en sentido favorable a la protección del derecho a la libre prescripción del médico, como no podía ser de otra manera. Sirven de ejemplos los siguientes:

1. STS de 18 de octubre de 1989, Sala 3., Sección la (Ar. 7411), que en última instancia decidía sobre el contenido de la Resolución dictada por el INSALUD de fecha 31 de julio de 1985, relativa al control cualitativo de las prestaciones farmacéuticas de la atención primaria que entre sus medidas establecía la exigencia de remitir a la Dirección Provincial un dictamen sobre cada uno de los médicos controlados "con especial hincapié en valorar la idoneidad de sus prescripciones y la relación beneficio riesgo, beneficio costo", que

<sup>20</sup> Anexo A del Concierto suscrito con fecha 13 de julio de 1988, "Características de la dispensación". Se incluyen todos aquellos que carecen de cupón-precinto y que son prescritos en recetas de la SS, y aquellas especialidades que tienen cupón-precinto y que están consideradas de especial control médico.

considera contrario a Derecho, y de modo especial a la libertad de elección de la profesión ya la libertad de ejercicio de la profesión, que reconoce y señala:

"Todo lo dicho permite sostener que la libertad de prescripción del médico, que es una auténtica manifestación de la libertad de ejercicio profesional consagrada en el artículo 36 de la Constitución, no puede ser restringida en modo alguno ni por una resolución o circular de un Director Provincial del INSALUD, ni por un reglamento de la Administración -y así lo ha proclamado tanto el TC como el TS-. Sólo la Ley puede restringir esa libertad fundamental".

"... debe subrayarse que una cosa es controlar e inspeccionar la labor del médico de la Seguridad Social... y otra muy distinta es ordenar como debe ejercer el médico su profesión al valorar si ha prescrito de forma idónea. Porque la idoneidad o no del médico para prescribir, diagnosticar o fijar el tratamiento del enfermo, constituye una esfera del contenido esencial de su derecho a ejercer libremente la profesión, en la que no puede entrar la Administración por la vía de dictar autos, resoluciones, circulares o instrucciones",

2. STS de 27 de noviembre de 1989, Sala 3ª, Sección 5ª (Ar. 8327), que anulando el contenido de la Circular núm. 9/1983, de 23 de mayo, del INSALUD, relativa al control de la prescripción y administración de medicamentos de uso hospitalario (exigiéndose, para ser dispensados en Oficinas de farmacia, el visado de la Inspección Médica del Área sanitaria correspondiente, previa petición del especialista), se pronuncia además sobre un tema importante de cara al beneficiario de la Seguridad Social, señalando:

"...sin poder negar la potestad de organizar la prestación de la asistencia farmacéutica, no es al Instituto gestor a quien compete dar normas al respecto, a través de una Circular que entra de lleno en 'campos que requerirían su regulación mediante norma de rango adecuado, ya que, en definitiva, se viene a restringir la libertad del médico en orden a la determinación del tratamiento que ha de seguir el paciente y el mismo derecho de éste a obtener *la dispensación del medicamento que el facultativo competente le haya prescrito*".

Efectivamente, son dos cuestiones distintas pero íntimamente enlazadas. De una parte, la libertad de prescripción del médico que ha de guiarse por sus conocimientos y por su deontología, en modo alguno por órdenes del superior<sup>21</sup>, y de otra, el derecho del beneficiario del sistema de la Seguridad Social a obtener a través de ella los medicamentos que el facultativo le haya prescrito independientemente de su estado físico, social o institucional<sup>22</sup>,

Se ha expuesto la capacidad derogatoria de la Disposición Adicional séptima de la LM en relación con el artº 106 de la Ley de la Seguridad Social de 1974, pero hay que señalar que ello en nada invalida la anterior afirmación.

El médico ha de asistir al paciente y prevenir o curar la afección y si para ello es necesaria pres-

---

<sup>21</sup> BEATO ESPEJO, M "Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos.". DA núm. 229, 1992. Pág. 292-298.

<sup>22</sup> El RD 83/93 excluye de su regulación, a efectos de financiación de los medicamentos, a los pacientes hospitalizados; artº 1. El RD núm. 767/1993, de 21 de mayo, sobre evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas de uso humano, fabricadas industrialmente, que en su artº 29.4 establece unas condiciones restringidas de prescripción y/o dispensación a aquellas especialidades que por sus propiedades farmacológicas, su novedad o interés para la salud pública pueden quedar reservadas a tratamientos que se presten en medios hospitalarios. La Orden del Ministerio de sanidad y Consumo de 23 de mayo de 1994, sobre modelos de recetas médicas para la prescripción farmacéutica del SNS, excluye de su ámbito de aplicación los tratamientos destinados a pacientes hospitalizados, que se documentarán de acuerdo a su regulación específica, remitiendo el artº 1.3 al RD 1910/1984, de 26 de septiembre, de receta médica. Esta disposición establece una receta especial para tales pacientes, la cual reunirá unos requisitos fijados reglamentariamente, que desconocemos, pero que no limita, en principio por motivos de costo, su ejercicio profesional. Quiere decirse que el médico de medicina general se enfrenta con mayores inconvenientes que el médico especialista que ejerce su función en instituciones hospitalarias, especialidades excluidas de su vademecum, control en el número de recetas, análisis del gasto que produce y el enfrentamiento con el paciente que en defensa de su derecho le presiona para que le recete los adecuados para curarle. Como señala la disposición primera de la Orden de 6 de abril de 1993, citada, las especialidades excluidas "no llevarán cupón precinto", lo que impide su dispensación en la Oficina de farmacia con cargo a la Seguridad Social y por tanto la repercusión del coste en el mismo beneficiario. Véase, PEDREIRA ANDRADE, A. "Hacia la potenciación del derecho constitucional a la protección a la salud". Actualidad Administrativa núm. 10. 1992. Pág. 110. Para quien en la relación médico-paciente, frente a la libertad del enfermo le corresponde la independencia del médico y su libertad para prescribir.

cripción farmacéutica ha de administrarla, en el ejercicio libre de su profesión y en el respeto al derecho del paciente-beneficiario a obtener los medicamentos y productos sanitarios que el médico considere necesarios para conservar o restablecer su salud. Porque el SNS y de modo especial la Seguridad Social ha de financiar los productos sanitarios más eficaces y si en función de las competencias atribuidas al Gobierno por la LM se revisa el listado de medicamentos incluidos en el sistema (en principio todas las especialidades reconocidas por la legislación sanitaria y después las menos costosas pero de eficacia terapéutica igualo mejor), el médico ha de aplicar su ciencia y su arte en la tarea de proteger la salud, prestando la atención sanitaria precisa y sin límites económicos "o jerárquicos, y el paciente ha de recibir la asistencia médico-farmacéutica más adecuada para proteger su derecho a la salud. Lo contrario es negar o limitar sustancialmente tales derechos constitucionalmente reconocidos.

Parece, aunque no nos consta, que a disposición del médico existen unas recetas "no facturables" destinadas a prescribir aquellas especialidades que no son financiadas por el SNS. Tal hecho aunque a primera vista parezca una salida al derecho a la libre prescripción, supone en verdad una quiebra substancial al derecho del ciudadano a recibir la atención sanitaria necesaria, una falla del sistema y una insuficiencia del médico que está integrado en una estructura claramente insuficiente para cumplir con los fines que la ley le impone. Por otra parte en la Orden de 23 de mayo de 1994, que recoge los modelos oficiales de recetas médicas para la prestación farmacéutica del SNS, tal receta no consta, como no podía ser de otro modo.

3. Sobre la actitud que ha de adoptar la organización en relación con los pacientes<sup>23</sup> es significativo señalar la STS de 27 de noviembre de 1989, citada, que además de lo indicado expresamente dice:

“...porque aún siendo innegable que esas facultades y competencias fueron conferidas (al

<sup>23</sup> MORELL OCAÑA, L. “La evolución y configuración actual de ...” Ob. Cit. Pág. 161. Quien haciendo referencia a la derogada Ley de Sanidad Nacional de 1944, destaca la mayor tendencia a configurar organizaciones que a contemplar la relación entre la Administración y el particular.

*INSALUD y las propias de gestión y administración de los servicios sanitarios*), es evidente que, cualquiera que fueran los fines a que tal conferimiento correspondiera, no sólo han de hacerse totalmente compatibles con la amplitud que al derecho de los asegurados a la asistencia sanitaria resulta... sino que han de ejercerse en todo caso con absoluta subordinación y respeto a la finalidad legalmente perseguida...”

Y asimismo la STS de 5 de julio de 1991, Sala 4ª (Ar. 5131) que señala lo siguiente:

“La actuación de la Administración Pública y del sistema sanitario todo, está encaminada a promover la salud ya prevenir las enfermedades... con una organización y funcionamiento de los servicios sanitarios regidos por el principio de eficacia...”

### III. LA OFICINA DE FARMACIA Y EL USO RACIONAL DE LOS MEDICAMENTOS

#### a) Su consideración como establecimiento sanitario

La consideración de las Oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios<sup>24</sup> viene concretada en la LOS, artº 103.2, "a los efectos previstos en el Título IV de esta Ley". Este Título IV hace referencia a las actividades sanitarias privadas, a las que reconoce, entre otros, el derecho al ejercicio libre de la profesión, a la libertad de empresa, a suscribir conciertos con las Administraciones Públicas, ya percibir subvenciones y ayudas con carga a fondos públicos. No encontramos en este texto disposición alguna que integre a las Oficinas de farmacia en la estructura sanitaria salvo la "consideración" señalada y las funciones que le encomienda: la custodia, conser-

<sup>24</sup> La Ordenanza para el ejercicio de la profesión de farmacéutico aprobada por Real Decreto de 18 de abril de 1860 señalaba que tal profesión se ejercía en una "botica pública". El Decreto 2177/1978, de 1 de septiembre, sobre registro, catalogación e inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios, además de considerarla como tal establece las condiciones a cumplir. La Orden de 17 de enero de 1980, sobre funciones y servicios de las Oficinas de farmacia, dictada en desarrollo del RD 909/1978, las califica como establecimientos sanitarios donde se ejercen funciones, actividades y servicios asistenciales farmacéuticos.

vación y dispensación de medicamentos (que asimismo se lo atribuye a los servicios de farmacia de los hospitales, de los Centros de salud y de las estructuras de atención primaria del SNS, en las condiciones que se indican<sup>25</sup>), la sujeción a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacia<sup>26</sup> y la exigencia de la condición de farmacéutico para ser propietario y titular de Oficina de farmacia.

La LM las califica igualmente como establecimientos sanitarios y les impone deberes, tales como que deberán colaborar para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud, artº 97, imponiéndoles también (aún cuando aparezca en la ley como un cuarto criterio a tener en cuenta por la Administración sanitaria para la ordenación farmacéutica) la obligación de dispensar los medicamentos que se le demanden tanto por los particulares como por el SNS. Se publica, por tanto, este servicio sanitario ordenándose reglamentariamente tal atención<sup>27</sup>.

La LGS remite a normas de rango legal las condiciones a las que deben sujetarse las Oficinas de farmacia en el conjunto de la planificación sanitaria y sin embargo la LM remite al reglamento y de forma genérica más bien deslegalizadora, la regulación de las condiciones de colaboración y concertación con la Administración Pública en la tarea de dispensación de medicamentos (lo que supone una limitación al ejercicio de las actividades privadas ya la libertad de empresa), reservándose además ésta la potestad de convenir o no con las Oficinas de farmacia tal suministro de medi-

camentos, como señalan los artículos 88.1 d) y 97.2 en relación con el 93.3 de la misma ley<sup>28</sup>.

La cuestión está, por tanto, en analizar la naturaleza de tales Oficinas y las razones de interés general que fundamentan aquella imposición (la salud pública, la planificación de la actividad económica, o cuáles otras), para que sean abatidos los derechos fundamentales que la LGS ha reconocido a tal actividad sanitaria. ¿Podrían cumplir las oficinas de farmacia con las funciones encomendadas participando libremente en el mercado como cualquier otro agente económico o como cualquier otro profesional titulado, sujetos todos a normas de intervención y control, no monopolísticas, por parte de las Administraciones Públicas? Nuestra respuesta es afirmativa por no encontrar argumentos legales que limiten el grado en que ahora se encuentran las Oficinas de farmacia, que son auténticos "servicios" sanitarios de la Administración, como ya establecía la Base 16. de la Ley de Sanidad Nacional, que integraba dentro de los servicios farmacéuticos, parte a su vez de los servicios sanitarios del Estado, a "las actividades sanitarias que forman el ejercicio libre de la profesión".

b) ¿La asistencia farmacéutica sólo se garantiza a través de la publicación de las Oficinas de farmacia?

Como señala la propia LM la ordenación de las Oficinas de farmacia ha de orientarse sobre todo a "garantizar la adecuada asistencia farmacéutica",

Esa adecuación pasa por exigir al farmacéutico la propiedad de una farmacia, por imponerle su presencia física a la hora y momento de dispensar

<sup>25</sup> BEATO ESPEJO, M. "Nuevo modelo económico en ..." Ob. cit. Pág. 389-390.

<sup>26</sup> Véase para establecer su alcance y reparto competencial, BELTRAN AGUIRRE, JL. "Las competencias autonómicas sobre Ordenación farmacéutica y la Ley de Medicamento": Revista Jurídica de Navarra núm. 11 1991. Pág. 72-73 MARTIN MATEO, R. "Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios". En Jornadas Técnicas sobre Sanidad y Seguridad Social en el Estado de las Autonomías. Generalidad de Catalunya. Barcelona, 1985. Pág. 131-134.

<sup>27</sup> MARTIN MATEO, R. "Comentario al artº 31.19 del Estatuto de la Comunidad Autónoma Valenciana". En, Comentarios al Estatuto de la CAV. Dirigido por el mismo autor. IEAL. 1985. Pág 386. Sitúa a la actividad farmacéutica, a tenor de la legislación en vigor, a caballo entre la profesión liberal y el servicio público. y del mismo profesor, "Ordenación farmacéutica..." Ob. cit. Pág. 127-131.

<sup>28</sup> Estimamos que la LM en la interpretación armónica de los artículos 97-2, 93.3 y 87 d), está imponiendo, vía reglamento, una obligación a las Oficinas de farmacia para convenir con el SNS. Ello es producto de la práctica y creemos que además es deseado por la propia Corporación farmacéutica que de esta forma tiene asegurado un mercado, el mayoritario, el del INSALUD y el de las respectivas entidades creadas por las Comunidades Autónomas. En términos parecidos se pronunciaba ya la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 al establecer en su Base 30" que el Instituto Nacional de Previsión y el Consejo General de Colegios Farmacéuticos deberán suscribir "reglamentariamente" un concierto para garantizar el buen servicio en todas las farmacias, "con tarifas especiales para el Seguro" a menor precio

el medicamento, por establecer unas existencias mínimas de productos farmacéuticos, unas condiciones técnicas y medios suficientes para la correcta prestación del servicio, en definitiva se impone el establecimiento de una actividad, a título de propietario, a su cuenta y riesgo, con su propio capital y pendiente del beneficio posible<sup>29</sup>; pero no encontramos en la ley nada que establezca como exigencia de la planificación sanitaria unas normas de localización y distribución espacial que impidan en definitiva el libre ejercicio de la profesión farmacéutica en condiciones similares a las de otros titulados, por ejemplo a las del propio médico o veterinario que pueden abrir sus establecimientos a su criterio y bajo las condiciones generalmente establecidas<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Entre las nuevas condiciones que se recogen en la Propuesta de nuevo concierto farmacéutico formuladas por el Ministerio de Sanidad se señalan: a) el beneficiario del SNS deberá ser atendido por un farmacéutico siempre que así lo requiera, b) el farmacéutico deberá estar perfectamente identificado, c) igualmente deberán estar identificados el resto del personal auxiliar, d) a fin de garantizar una atención directa y de calidad "las Oficinas de farmacia concertadas" (lo que indica que pueden no ser todas por razones personales o de orden territorial) deberán contar con el número de farmacéuticos necesarios en función de lo establecido por la Administración sanitaria competente (¿cómo se miden estas circunstancias?), e) los farmacéuticos facilitarán información escrita sobre los medicamentos prescritos a los beneficiarios que la demanden, f) las Oficinas de farmacia procurarán ir adaptando sus instalaciones a las exigencias del ejercicio de la farmacia clínica con los enfermos del SNS, g) estarán obligadas, éstas, a colaborar en el desarrollo de las campañas o programas de promoción del uso racional de los medicamentos organizadas por la Administración correspondiente, A nuestro criterio más bien parece que se están dando instrucciones a farmacéuticos funcionarios que a profesionales libres, En este sentido nos parece acertada la política iniciada por algunas Comunidades Autónomas separando la Oficina de farmacia y su titular del farmacéutico funcionario integrado en el Sistema de Salud correspondiente; por ejemplo la Comunidad Autónoma de Extremadura se propone incompatibilizar el ejercicio libre de la profesión farmacéutica con la condición de funcionario para incorporarlos al sistema de salud pública, lo que nos parece acertado.

<sup>30</sup> Las razones que el Decreto de 24 de enero de 1941 daba para justificar el cambio de la libre concurrencia a la intervención administrativa en la apertura de farmacias son difícilmente justificables hoy. Su exposición de motivos señalaba entre otros: encarecimiento del producto, perjuicio para la salud pública y pérdida de beneficios de los farmacéuticos. Véase, RIVERO ISERN, JL. Libertad de establecimiento de la Oficina de farmacia. Trivium. 1992. Pág. 9-10. GONZALEZ PEREZ, J. Derecho farmacéutico. BOE. 1972. Pág. 368-372. Señala jurisprudencia dictada en el sentido favorable a la libertad de establecimiento ya la protección del libre ejercicio de las profesiones facultativas liberales. Sirva citar la del TS de 28 de junio de 1963, Sala 4a (Ar. 3670), que justifica la interpretación estricta de la norma "dada su naturaleza de disposiciones de excepción a la regla de libre concurrencia en principio

La jurisprudencia se reitera en la consideración de esta actividad no como un servicio público en sentido técnico y propio sino como una actividad privada de interés público<sup>31</sup> y reconociéndose su carácter liberal, que se ejerce libremente. Es este interés público el que prima (STS de 18.4.86 - Ar 4365-, de 19.7.88 -Ar 6083-, de 28.5.93 -Ar. 3458-, entre otras), sobre la aplicación de los derechos al libre establecimiento y al ejercicio libre de la actividad empresarial.

En ese conflicto de intereses "el interés público de servicio a la comunidad priva sobre el particular a la hora de interpretar las normas que regulan la actividad farmacéutica", como proclama la STS de 29 de septiembre de 1987, Sala 4ª (Ar. 8272). " Al no poder olvidar que en los supuestos de conflicto de intereses debe estarse a la solución que demande el interés del servicio, aparte de que en esta materia opera la norma y principios constitucionales -artículo 38 de la Constitución-...sobre economía de mercado y libre

siempre favorable al interés común, mejor servicio con el aumento de establecimientos proveedores y limitativas de los derechos que confiere el título de Licenciado en una farmacia", o la del mismo Tribunal de 29 de febrero de 1962, Sala 4a (Ar. 1140), que señala "que lo general sería que, al igual que las demás profesiones o licenciaturas universitarias, fuera la de farmacia una de tantas profesiones libres", o la de 17 de noviembre de 1961, del mismo Tribunal, Sala 4a (3757), que señala que la legislación establecida "no sólo limitan las facultades derivadas del Título de Licenciado en Farmacia sino que no favorecen el interés del público en general, que lógicamente resultaría beneficiado con la abundancia de oficinas de Farmacia". Aunque bien es verdad que se pronuncian otras que justificaban la intervención en razones de carácter público y de beneficio social. Sobre la jurisprudencia más reciente y mayoritariamente favorable a la aplicación de los principios "pro apertura" y "pro libertate", se destaca ahora de modo especial la STS de 26 de abril de 1979, Sala 4ª (Ar. 1590) en la que las Oficinas de farmacia son calificadas como "...establecimientos que monopolizan la puesta al público de toda producción farmacéutica". Véase, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JF. "El principio de igualdad y sistema de apertura de establecimientos sanitarios". XI Jornadas de Estudio de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Estado. 1991. Pág 1508-1512.

<sup>31</sup> Véase, GARRIDO FALLA, F. Tratado de Derecho Administrativo II. CEC. Madrid, 1982. Pág. 436-438.- BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público" RAP núm. 82. 1977. Pág. 68-73. - HERNANDO DELGADO, J. "La intervención pública de empresas privadas" Homenaje a GARCIA-TREVIJANO FOS, IA. IEAL. 1982. - MARTIN RETORTILLO, S. Derecho Administrativo Económico I. La ley. 1988. Pág. 176 ss. - ARIÑO ORTIZ, G. Economía y Estado. M. Pons.1993. Pág. 306-314.

ejercicio de las profesionales liberales. sin que pueda oponerse, como excepción legal válida. privilegio monopolístico de clase alguna como no compatible con el servicio público que forma el contenido o cometido esencial de la actividad farmacéutica prestada al público por las oficinas de farmacia". indica la STS de 14 de diciembre de 1987. Sala 4" (Ar. 9480).

Por tanto, la regla fundamental en materia de apertura de farmacia es la de un mejor servicio farmacéutico, criterio que entronca con las exigencias de un mejor servicio público sanitario, aunque como señala SAINZ MORENO ello no puede convertir a la actividad farmacéutica en una actividad pública<sup>32</sup>; y, además, como indica el mismo Tribunal, Sentencia de 29 de septiembre de 1987, Sala 4. (Ar.8269) "siempre (*estará*) mejor atendido cuanto mayor sea el número de establecimientos farmacéuticos, y de paso beneficiará también para los licenciados inactivos, a causa precisamente del sistema de 'numerus clausus' imperante en este sector profesional".

En suma, dicho interés público justifica el sometimiento de la actividad a una reglamentación especial ya un nivel de intervención que sin afectar a la titularidad funcionaliza la gestión. Conjunto de normas imperativas de obligado cumplimiento, sustentadas en razones de orden público económico, de salud pública o de interés general, que vinculan a la actividad desde su implantación hasta su relación con terceros, pasando por su estricta organización.

Así lo reconoce la Sentencia de 18 de abril de 1986 de la Sala 4ª del TS (Ar. 4365) cuando señala que "la condición liberal de la profesión de farmacéutico no excluye una mayor intervención administrativa, determinada por su carácter de servicio público en las circunstancias en que se ejerce según su actual regulación". O la de 29 de septiembre de 1987 del mismo Tribunal y Sala (Ar. 8272), cuando manifiesta "que la intensa reglamentación de esta actividad privada que es la farmacéutica, y de la que las limitaciones en orden a la apertura de la oficina de farmacia constituyen

en un aspecto muy relevante, no responde al propósito de proteger a una clase profesional determinada reduciendo el número de posibles competidores, sino al de conseguir una adecuada distribución en el territorio nacional de esas oficinas que prestan una actividad que, aunque privada, es de interés público". O, por último, la del 11 de mayo de 1990, del mismo Tribunal y Sala 3ª (Ar. 4108) para quien el régimen de precios autorizados a que se encuentran sometidas las especialidades farmacéuticas y el margen de discrecionalidad con que actúa el Gobierno justifican el intervencionismo y los controles que se ejercen sobre la actividad.

Pero tales conceptos, "interés público" e "intervención", son conceptos jurídicos indeterminados que hay que poner en relación con la realidad social de cada momento histórico para su concreción y aplicación<sup>33</sup>. y hoy, dentro del marco constitucional que garantiza la libertad económica y de mercado, tal publicación resulta difícilmente defendible. A ello han de unirse las potestades de que disponen las distintas Administraciones Públicas para prestar a través de los Centros propios tal servicio público. Ambas actividades son compatibles y pueden colaborar en la consecución del interés general, que en este caso no es sólo la dispensación de medicamentos sino una tarea más atractiva y de resultados más satisfactorios; pero la funcionarización del farmacéutico con Oficina abierta al público le ha llevado, en la mayoría de los casos, el desempeño de una actividad aburrida, creó, y monocolor.

La dificultad realmente está en la práctica y en los intereses creados. Hasta hoy las Administraciones Públicas cuentan con unos establecimientos dirigidos por profesionales competentes que efectivamente prestan un servicio público eficaz y de difícil sustitución y las Oficinas de farmacia cuentan con un cliente, el SNS, un colectivo de usuarios cada vez más numeroso, que es necesario conservar para mantener la actividad.

---

<sup>32</sup> SAINZ MORENO, F. 'Comentario al artículo 36 CE' En, Comentarios a las Leyes Políticas, Tomo III. Madrid, 1983. Pág. 533 ss.

---

<sup>33</sup> PAREJO ALFONSO, L. "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981" REDC núm. 3 1981. Pág. 182.

### c) Precio del medicamento versus garantía de un uso racional

No vamos a entrar ahora en el análisis de la libertad de establecimiento farmacéutico, que ha sido objeto de estudios anteriores que han de traerse aquí a colación<sup>34</sup>, sino en un aspecto de crucial importancia hoy para las autoridades sanitarias, el precio de los productos farmacéuticos y los beneficios de los titulares de la farmacia abiertas al público, que son vinculados por la Administración al objetivo previsto en la LM, cual es, garantizar el uso racional de los medicamentos. La cuestión está en determinar el grado de relación y las condiciones impuestas a los farmacéuticos, y no que como titulados sanitarios que son, colaboren en la tarea de garantizar el uso racional del medicamento.

Junto con aquella libertad, la de establecimiento, la de ejercicio de la actividad y la vinculación del beneficio al riesgo empresarial, son tres dimensiones sustanciales en una economía de mercado de libre empresa<sup>35</sup>.

Si respecto de las técnicas utilizadas por la Administración sanitaria para limitar el establecimiento de nuevas farmacias hemos concluido afirmando que representa una quiebra esencial al principio de libre ejercicio de la profesión ya la libertad de empresa, a similar conclusión se ha de llegar con la decisión hasta ahora adoptada de fijación del precio de los medicamentos así como del margen profesional de los farmacéuticos.

En modo alguno dudamos del incremento producido en el gasto farmacéutico en los últimos años, pero igualmente ha de afirmarse que no procede exclusivamente al incremento de precio de los medicamentos<sup>36</sup> y, en último lugar la reper-

cusión se debe a una decisión adoptada por la autoridad competente y no por los mismos farmacéuticos. Aunque en la práctica la fijación de estos precios suele ser consecuencia de un acuerdo entre partes (Administración y sectores implicados) tratando de acomodar los intereses industriales y empresariales al objetivo de contención de la inflación.

### d) Criterios de determinación del precio de los medicamentos y su incidencia sobre la competencia

Las condiciones de determinación del precio de las especialidades farmacéuticas vienen establecidas directamente en la LM, modificada por la Disposición Adicional 19ª de la Ley núm. 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo. Como se observa en la redacción dada a los artículos 100 a 104 la fijación por el Gobierno y por el Ministerio de Sanidad y Consumo es absoluta, creemos

---

(mientras éstos últimos disminuyen en el sector privado). Este aumento se ha producido por un alza en el consumo y en el precio medio por unidad (consecuencia de los más elevados precios de los nuevos productos), así como al pago cero de los pensionistas y otros grupos excluidos de la participación que van ocupando una parte creciente del consumo, c) el notable peso de la asistencia especializada frente a la primaria, incluido el gasto en farmacia de ésta, d) el gasto de personal que representa más del 50% del gasto total, y e) la descentralización del gasto público en las Comunidades Autónomas que tienen transferida la competencia. En relación con el gasto farmacéutico recomienda limitar la "sobreprescripción" (generada por deficiencias en la actualización farmacológica, por la escasa información científica y económica de los nuevos fármacos y por una débil conciencia de gasto) y el consumo exagerado de fármacos que propone limitar reduciendo el grupo de los exentos de pago, es decir, haciendo pagar más a los beneficiarios, en términos absolutos (lista de medicamentos no financiados) y en términos relativos (mayor cuota de participación en el precio de la venta al público y reducción de los colectivos libres de pago), y controlando el abuso que se produce al prescribirse fármacos a grupos exonerados de pago pero para aplicación a otros obligados a participar en el pago (En la Ley núm. 28/1992, de 24 de noviembre, sobre medidas presupuestarias urgentes, se tipifica como infracción administrativa el abuso o desviación a terceros de las prestaciones farmacéuticas de la Seguridad Social de aquellos colectivos que están exentos de aportación económica, imponiendo al Ministerio de Sanidad y Consumo la adopción de las medidas adecuadas para la inspección y control de las recetas destinadas a tales colectivos). La repercusión de todas estas políticas en la actividad del farmacéutico se produce por la estrecha vinculación que éste tiene con el SNS, ya de lo contrario toda esa "liberación" favorecería al titular de la farmacia que percibiría el precio del usuario antes y más alto.

<sup>34</sup> BEATO ESPEJO, M. "Nuevo modelo económico en ..." ob. Cit. Pág. 390-398. Así como la doctrina que se cita y por todos RIVERO ISERN, J.L. Libertad de establecimiento... Ob. cit. Pág. 49-59 Vid STS de 14 de diciembre de 1987, Sala 4. (Ar. 9489).

<sup>35</sup> MORELL OCAÑA, L. "La libertad de competencia e intervención administrativa". En Libre competencia. Cámara de Comercio e Industria de Cáceres. 1992. Pág. 72.

<sup>36</sup> Para el Informe Abril entre los factores que han impulsado el alza en el gasto público, señala: a) la entrada en vigor de la LGS que ha producido una ampliación del ámbito de aplicación, mayores niveles de cobertura, entre otros efectos, b) el crecimiento de los servicios y del gasto público en farmacia



que con un sentido más intervencionista que en decisiones anteriores<sup>37</sup>.

El Real Decreto núm. 271/1990, de 23 de febrero, tras señalar que una de las razones de las medidas intervencionistas es la escasa elasticidad de la demanda por parte del consumidor en cuanto que los medicamentos son reembolsados en un alto porcentaje por la Seguridad Social, influyendo poco, en el consumo, el pago por el paciente, señala que el objetivo prioritario de la intervención administrativa es la mejora de la Sanidad Pública, en orden a una mejor defensa de los consumidores y del SNS, favoreciendo la competencia, el desarrollo industrial y tecnológico y la introducción de productos terapéuticos novedosos.

Desde el punto de vista económico se pretende alcanzar un suministro adecuado a un costo razonable. Criterios todos ellos que son discrecionalmente fijados por el gobierno y creemos que más bien orientados a controlar la competencia y determinar el montante que invierte en medicamentos a través del SNS ya controlar también el consumo. Basta señalar el argumento que da el mismo Real Decreto y la Directiva 89/105/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales de seguro de enfermedad, cual es, que la creación de listas selectivas o negativas que excluyen del sistema a determinados productos es un instrumento de la intervención del precio o que éste se produce como consecuencia de la insuficiencia o ausencia de competencia en

mercado de medicamentos y de las limitaciones de la gama de productos cubiertos por el sistema nacional del seguro de enfermedad. O dicho de otra manera, que la intervención favorece la competencia o que se produce por la reducción de la lista de medicamentos financiados, cuando en realidad ésta medida se toma para reducir el gasto público presupuestario.

Es cierto que ante la crisis económica la mayoría de los países actúan en este campo, poniendo en marcha técnicas de control de los precios de los productos farmacéuticos: control sobre las prescripciones, listas negras, incremento de la participación por el usuario, reducción absoluta del precio, etc, pero hay pruebas que demuestran que el resultado no ha sido el esperado, ya que se ha producido una incidencia negativa sobre la investigación, una reducción de las tasas de crecimiento del gasto a largo plazo.

Hacia el mismo objetivo de reducción del gasto en farmacia, formar una conciencia del coste de los productos farmacéuticos en el usuario<sup>38</sup>, y de orientación del paciente hacia la automedicación responsable, se orienta el incremento de la participación de los beneficiarios de la Seguridad Social en el precio de los productos farmacéuticos como se ha dicho. Esa participación queda establecida hoy por el Real Decreto 83/1993 en el 40% del precio venta al público<sup>39</sup>. Se mantiene la dispensa de esta aportación a los colectivos exentos así como a los receptores de los tratamientos que se realicen en Instituciones cerradas propias o concertadas de la Seguridad Social<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> El Decreto de 10 de agosto de 1963, en su exposición de motivos, estima conveniente mantener un criterio de libertad en la fijación del precio de las especialidades farmacéuticas, que ha de suponer, decía, "un importante avance y contribución ala línea de liberación económica que sigue el país". Sin embargo, en su artº 37 (derogado por el RD 767/1993, de 21 de mayo, sobre evaluación autorización, registro y condiciones de dispensación de las especialidades farmacéuticas de uso humano, fabricadas industrialmente, sin que ninguno de sus preceptos haga referencia al tema de fijación del precio de tales productos), establecía que el precio sería fijado por la Dirección General de Sanidad, con aprobación del Ministerio de la Gobernación, "a la vista de las propuestas del interesado y del valor asignado, en su caso, a las sustancias medicamentosas por la Junta a la que se refiere la propia normas" (de Valoración y Asesora de Márgenes de Farmacia). Sin embargo el RD 767/1993 no deroga al RD 271/1990, de reorganización de la intervención de precios de los especialidades de uso humano, que establece el procedimiento de fijación de precios.

<sup>38</sup> Vid recomendaciones del Informe Abril, Pág. 60

<sup>39</sup> Como se ha dicho la aplicación de los criterios generales establecidos en el artº 95 LM se hace por la OM de 6.4.93, disposición séptima, referenciando a las especialidades integradas en el grupo de aportación reducida.

<sup>40</sup> En desarrollo de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Seguridad Social de 1974, artº 107, derogado por la LM en lo que se oponga a su artº 94, el RD 3157/1966, suprime el Petitorio y el Catálogo de Especialidades Farmacéuticas, lo que supone extender todas las especialidades al régimen de la Seguridad Social y establece el sistema de participación de los beneficiarios en el precio de los medicamentos, que será de aportación reducida para unos grupos terapéuticos estableciendo para el resto una aportación del 30%, según Decreto 945/1978, artº 1.2 Orden de 6 de abril de 1993 que establece una larga lista de productos excluidos de prestación farmacéutica de la SS, que no llevarán cupón-precio, otra lista de aportación reducida, que llevarán un distintivo obligatorio

El precio de venta al público de las especialidades farmacéuticas que será fijado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, parte de la determinación por el gobierno del precio industrial o precio de venta de laboratorio y en él se tendrá en cuenta el valor de las materias primas, de la mano de obra, la estimación de los gastos generales, los gastos de administración e investigación, el beneficio profesional, el margen del almacenista y el margen para el farmacéutico<sup>41</sup>, Factores económicos, de política fiscal y energética que abren la actuación administrativa a un alto grado de discrecionalidad dependiente de la política económica en un determinado momento.

Así se pronuncia el TS en Sentencia de 12 de julio de 1985, Sala 4ª (AR. 4211), diciendo: hay que "concluir con la consideración general de que el control de precios y la autorización de sus aumentos constituyen medidas de Gobierno que se insertan, primero, en la política de regulación de un mercado de tan acusado interés público como es el de venta de especialidades farmacéuticas y, después, en la política general económica dominada por circunstancias coyunturales y de gran relatividad que obligan a reconocer en esta materia un importante grado de discrecionalidad administrativa que no es compatible con juicios personales de valor

Los precios industriales, señala el artº 100.4 LM, serán libres en aquellos productos concretos que determine el Gobierno por existir competen-

---

previsto en la Orden de 19 de mayo de 1978 y una tercera sólo comprensiva de los medicamentos que dejan de pertenecer al grupo de aportación reducida, como se cita en nota anterior, a los que se sumarán los nuevos preparados que se excluyan del sistema de financiación y cuya aportación es del 40% del precio venta al público.

<sup>41</sup> Como señala la Exposición de Motivos del RD 271/1990, actualmente se utiliza un "escándalo" normalizado que mediante fórmulas multiplicativas permite un análisis completo de la compleja estructura de coste que corresponde a la industria farmacéutica. Véase la STS de 25 de septiembre de 1989, Sala 3a (Ar. 6697) que tras exponer el complejo sistema que ha de tener en cuenta la Administración para fijar precios, "no tiene otra alternativa" que desestimar la demanda interpuesta por Farmaindustria sobre el precio fijado a determinados productos farmacéuticos, ya que lo contrario le obligaría a entrar en la determinación de unos factores de difícil precisión y de incidencia estrictamente temporal y de contenido económico-social. ESCRIBANO COLLADO, P. "La estabilidad de los precios en el mercado de fomento como instrumento de regulación" Homenaje a GALVAN ESCUDIA, J. Universidad de Valencia. 1980. Pág. 153 ss.

cia o concurrir intereses sociales y sanitarios que así lo aconsejen, "sin perjuicio de la intervención administrativa que se considere necesaria". Circunstancias que han concurrido en las especialidades publicitarias como ya hemos citado. La libertad de mercado favorece la competencia y ésta se anima liberando los precios de los productos que a él concurren.

Hay que afirmar que la LM está llena de remisiones en blanco al Gobierno basándose en determinaciones genéricas y en conceptos jurídicos indeterminados que en modo alguno habilitan a limitar de forma tan evidente una de las características esenciales del ejercicio del derecho a la libertad de empresa<sup>42</sup>.

Las razones dadas para justificar la intervención de los precios se apoyan en el deber de protección de la salud o en la escasa elasticidad de la demanda de productos farmacéuticos. En relación con el argumento que se aporta sobre lo primero, garantizar la calidad del producto, ha de afirmarse que la mayor garantía está en las reglas de la competencia y del propio mercado que se encarga por sí solo de ofrecer lo que el cliente pide ya la calidad adecuada, teniendo en cuenta siempre la relación calidad/precio que también juega en el mercado de las especialidades farmacéuticas.

Este es en esencia el argumento utilizado por el Real Decreto núm. 1416/1994, citado, para excluir a las especialidades publicitarias del régimen de precios autorizados. Con apoyo en el párrafo 4º del artº 100 LM que atribuye al Gobierno la competencia para liberalizar el precio de determinados productos "por existir competencia -o concurrir otros intereses sociales y sanitarios que así lo aconsejen", la norma reglamentaria en su exposición de motivos justifica la medida adoptada en el hecho de predominar la competencia en estas especialidades "por carecer este mercado de estructura monopolística". Además de porque

---

<sup>42</sup> Véase Informe sobre el libre ejercicio de las profesionales colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España. Junio 1992. Pág 58, que señala que la libertad de fijación de precios es capital para asegurar la competencia. Ni el legislador ni el Gobierno ni "mucho menos" un colectivo interesado puede intervenir en la fijación puede intervenir en la fijación de precios que determine el mercado.

están excluidas de la financiación pública a cargo del SNS.

Pero el hecho es que el proceso es el contrario, por la liberación del precio se rompe el monopolio del mercado y los precios se adaptan al mercado. Además la propia Administración se encarga de flexibilizar la demanda promoviendo el sentimiento de que el paciente puede administrarse libremente tales medicamentos porque atienden a síntomas menores que no exigen prescripción médica.

No queremos decir con esto que todas las especialidades farmacéuticas deberían estar liberalizadas en sus precios pero sí que el proceso puede y debe invertirse sin grave riesgo para la salud. Es decir, sólo unos pocos y determinados productos farmacéuticos, la excepción, por razones de salud y no por otras, deben someterse al régimen de precios autorizados.

¿Perjudica a la salud la diversidad de tarifas médicas o el hecho de que los médicos den a sus clientes un presupuesto previo a su intervención? Creemos que no, sino muy al contrario, nada defiende más al consumidor, como señala el Tribunal de Defensa de la Competencia, que el conocimiento "a priori" del coste del servicio, porque con el conocimiento de los precios, el consumidor puede elegir a un profesional teniendo en cuenta la relación precio/reputación que más le convenga<sup>43</sup>.

Como señala SORIANO GARCIA la eliminación de barreras no es sólo una técnica puesta al servicio del consumidor sino también de todos los demás competidores, que resultan así beneficiados de la existencia de un mercado de *otro* modo existente<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Vid nota anterior, pág. 60.

<sup>44</sup> SORIANO GARCIA, JE. "Competencia desleal y libre competencia: la óptica del Derecho Público". En, Libre competencia. Ob. cit. Pág. 65. Hay que anotar aquí como una barrera evidente que influye en el beneficio profesional, la "imposición" de los Colegios Profesionales respectivos de que la tramitación de las facturas a cargo de la Seguridad Social y que el pago correspondiente se realice a través de ellos. Esta circunstancia, calificada como "cuasi-tasas" por el Tribunal de Defensa de la Competencia (Vid el citado informe, pág. 38-39), constituye la base sustancial de la eficacia del Acuerdo Marco y del Convenio, citados, ya que la colaboración económica especial se garantiza a través de esta práctica.

De manera distinta se manifestaba el TS en Sentencia de 31 de mayo de 1898, Sala 3" (Ar. 4119), al pronunciarse sobre la legalidad del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 16 de diciembre de 1985, por el que se reducía el precio autorizado<sup>45</sup> y por el que se disponían determinadas revisiones de dichos precios, señalando lo siguiente:

"El ordenamiento aplicable no es anticonstitucional porque corresponde al ejercicio de un poder público de intervención, de los más dignos y de más justificada existencia, recogido en el artº 51.1 de la Constitución, dentro de un sector, encargado de elaborar y expender al público los medicamentos, en el que los laboratorios y Oficinas de Farmacia, se encuentran dentro de una situación especial de sujeción con respecto a la Administración, en la que los controles e intervenciones son, en su mayoría, favorables a los que se encuentran sometidos a ella".

O la de II de mayo de 1990, del mismo Tribunal y Sala (Ar 4108) que dice:

"...las especialidades farmacéuticas se hallan sometidas al régimen de precios autorizados... del Real Decreto 2695/1977, de 28 de octubre, correspondiendo al Gobierno su control y la autorización de modificaciones en los mismos, con un amplio margen de discrecionalidad por afectara la política económica general y particularmente a una rama del mercado de acusado interés público, lo que justifica el intervencionismo y los controles a que se encuentran sometidos..."

---

<sup>45</sup> El RD 2695/1977, que dicta medidas relativas a política de precios, tras reconocer la necesidad de vigilar los mecanismos de deformación de los precios de los diferentes bienes y servicios y, muy particularmente, de los productos estratégicos respecto del coste de la vida y de aquellos que se formen bajo condiciones monopolísticas, se propone constituir un paso hacia el pleno funcionamiento de los mecanismos de la economía de mercado, evitando los riesgos que podrían derivarse de la brusca ausencia de la intervención de la Administración en la actual situación económica. En el anexo 1 incluye a las especialidades farmacéuticas entre los bienes y servicios sujetos al régimen de precios autorizados. La Orden de 12 de marzo de 1993 en desarrollo de aquel RD, con una tendencia progresiva hacia la mayor liberalización, dice su preámbulo, exceptúa a tal régimen a las especialidades publicitarias, como se ha indicado. Véase, TORNOS MAS, J. En, Derecho Administrativo Económico II. Dirigido por MARTIN-RETORTILLO, S. Pág. 653-662.

Como indica SORIANO GARCIA<sup>46</sup> la vieja intervención administrativa cede paso a otras formas de control "no por ello menos efectivas", "Supervisión" es la palabra del momento que se traduce en realidad en un tipo de control remoto en la que "vía transparencia e información se ordena el juego económico de los distintos operadores garantizando que van a utilizar las reglas de juego sin romperlas ni malutilizarlas".

No hay que temer a la desregulación de los precios siempre que vaya acompañada de medidas que fortalecen el mercado. Pero además los costos del sector sanitario deben ser transparentes, ello favorecerá la participación social en el costo del producto y animará la competencia. Como señala la doctrina un exceso de regulación por conseguir la normalización no es necesariamente lo más beneficioso para los usuarios.

Con referencia expresa a los precios de las especialidades farmacéuticas, el Tribunal de Defensa de la Competencia, tras criticar el sistema de tarifas máximas por la escasa participación de la sociedad, señala el escaso fundamento económico del sistema y su imposible contribución a la reducción de la inflación a través de la imposición de los precios<sup>47</sup>.

En suma, la intervención de estos precios más bien se debe a motivos estructurales de dominio del mercado por determinados sectores ya beneficios de algunos colectivos que a intereses de

los consumidores y en concreto a protección de la salud.

e) El margen profesional depende de la estructura del sector

Otra manifestación clara del ejercicio a la libertad de empresa es la de que los beneficios se obtengan en función del esfuerzo realizado por el empresario y del riesgo asumido en el seno del mercado.

Como señala MORELL OCAÑA la intervención de los precios que está llevando a cabo el legislador vigente a fin de controlar la inflación afecta "en ocasiones" a la libertad de empresa, hace que se adentre "en la estructura interna de la empresa así como en el cálculo de beneficios", Se está ante una auténtica socialización de un sector económico, "en el sentido de que el beneficio individual de cada empresa depende de la estructura de costes y rendimientos del sector en su conjunto, además del peso que estos productos tengan en los costes globales de la Seguridad Social y de los usuarios"<sup>48</sup>.

Como ha quedado dicho, uno de los argumentos utilizados en el Decreto de 24 de enero de 1941 para justificar la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas fue el de tratar de satisfacer las necesidades más elementales de los profesionales del sector<sup>49</sup>. A partir de entonces el margen del farmacéutico constituye un valor integrado en el precio de venta al público de la especialidad, que quedó fijado en un 25% de ese precio por Decreto de 11 de enero de 1945, "libre de toda clase de gastos, situada la partida en la propia farmacia" y actualmente en el 29'9% sobre el mismo precio<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Ob. cit. pág. 62. Véase del mismo autor, Desregulación, privatización y Derecho Administrativo. Studia Albornotiana. Bolonia, 1993. Especialmente, páginas 9-13. Concluye afirmando que la desregulación no supone merma alguna de los objetivos públicos sino su consecución por medios diferentes. Véase, ARIÑO ORTIZ, G. Economía y Estado. M. Pons. 1993 Pág. 59-60 y 271-274, quien señala que la regulación ha de ser un instrumento del mercado y no un sustituto del mismo. Es decir, una regulación pensada para favorecer el funcionamiento del mercado.

<sup>47</sup> Vid Informe sobre... Ob. cit. Pág. 62. y añade: "En contra de lo que puede parecer a primera vista, llevar los precios autorizados a la Junta Superior de Precios y al Consejo de Ministros, tiene un carácter liberalizador. El hecho de que periódicamente el Gobierno tenga que aprobar tales precios provoca interrogaciones, primero, sobre los fundamentos de su cálculo, y después, sobre la necesidad de su aprobación administrativa, con lo que, finalmente, acaban siendo liberalizados". y concluye en pág. 89-90, "... si se quiere asegurar la defensa de determinados intereses públicos -salud, seguridad, etc. se deben utilizar otros instrumentos y nunca los de la fijación de precios".

---

<sup>48</sup> MORELL OCAÑA, L. "Libertad de competencia..." Ob. cit. Pág. 87.

<sup>49</sup> Dignidad de la profesión que es rechazada de plano, como argumento, por el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, citado, en aras al mejor funcionamiento del sistema económico y al agravio que se produce con otros profesionales. Vid. pág. 91-92.

<sup>50</sup> Que fue elevado a 130% por Orden de IO de mayo de 1948 y modificado para especialidades de precio superior a determinado límite como se recoge en el artº 37 del RD 2464/1963, citado. En él se establece que los márgenes profesionales de las Oficinas de farmacia serán determinados reglamentariamente

El volumen de facturación de las farmacias depende de tres factores: el margen sobre el precio de venta al público, el precio del medicamento y el número de dispensaciones que se realizan. Todos están controlados por los poderes públicos como se está viendo.

A pesar de lo dicho sobre la competencia reconocida por la LM a favor del Gobierno para la fijación del precio de las especialidades farmacéuticas, en el Acuerdo Marco suscrito el 2 de Agosto de 1994 entre el Ministerio de Sanidad y consumo y el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, se acuerda llevar al futuro Concierto una estipulación estableciendo que cualquier modificación legal o reglamentaria que afecte a las condiciones económicas actualmente vigentes en la prestación farmacéutica través de las Oficinas de Farmacia, podrá determinar la revisión o incluso la rescisión del concierto que se firme<sup>51</sup>. Lo que a nuestro criterio condiciona sustancialmente las decisiones que en tal sentido de revisión de precios o de fijación de los márgenes profesionales se adopten por las Administraciones competentes.

Por último señalar que para colaborar en la recuperación de la crisis económica las Oficinas de farmacia se comprometen a perder un 2% du-

---

por el Ministerio de la Gobernación, sobre la base de un sistema de porcentajes progresivos inversamente proporcionales al precio de venta al público de las especialidades. Sistema de márgenes escalonados que entró en vigor por primera vez en España en 1964 al crearse la Junta de Valoración y Asesora de Márgenes de Farmacia prevista por el mismo RD, por Orden de 19 de noviembre de 1963, y que se mantiene en la Orden de 28 de febrero de 1964. El RD núm. 86/1982, de 15 de enero, cambia el sistema estableciendo un porcentaje único establecido en un 30% sobre el precio venta al público, por Orden de 22 de enero de 1982. Tal beneficio profesional fue reducido por Orden de 10 de agosto de 1985 que lo fija en el 28'2% sobre el mismo precio, "equivalente en la actualidad al 39'273% sobre el precio de la venta de almacén" (que fue anulada por STS de 4 de julio de 1987, Sala 3. (Ar.5504) por falta de audiencia de los propios interesados y estimándose, por tanto, una lesión patrimonial a los profesionales farmacéuticos. Daños y perjuicios que tras la oportuna petición fueron reconocidos en diversas Sentencias de la Sala 3. del Alto Tribunal, baste citar las de 15 y 16 de octubre de 1990 (Ar. 8126 y 8127), 5 de diciembre de 1991 (Ar. 2983), y 10 y 25 de julio de 1992 (Ar. 6324 y 5996). Teniendo en cuenta la responsabilidad de los profesionales farmacéuticos ante la sociedad, señala la Orden de 26 de julio de 1988, el margen profesional es elevado al 29'9% sobre el precio venta al público sin impuestos.

<sup>51</sup> Idéntico contenido se recoge en el documento suscrito entre el INSALUD y el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacia, firmado en la misma fecha.

rante tres años sobre el total de la facturación mensual líquida, con efectos desde Enero de 1994, a cambio de que el pago de la facturación se haga en los plazos establecidos. A ello hay que unir el 3% del precio de venta del laboratorio aportado por Farmaindustria, lo que repercute, a su vez, sobre el margen profesional.

#### f) El farmacéutico y el uso racional de los medicamentos

La intervención de los farmacéuticos en el proyecto de uso racional de los medicamentos, no limitado a dispensar productos farmacéuticos, exige una adaptación más real a las necesidades del consumidor que se orientará, por sí o por estímulo de sus organizaciones, a la elección del profesional que más le convenga.

La colaboración del titular de la Oficina de farmacia con el SNS para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria ha de ser dentro de los estrictos límites de su derecho al ejercicio de la libertad de empresa. y los límites impuestos por la LM, remitiendo a una regulación reglamentaria aún pendiente, sobre la exigencia de farmacéuticos adicionales a partir de determinado volumen de actividad profesional, la limitación de los sistemas de publicidad<sup>52</sup> de sus productos, la obligación de dispensación de los productos que se le demanden y especialmente al SNS a través de la concertación y conforme a los criterios establecidos por el propio sistema, constituyen, sin duda, restricciones sustanciales al ejercicio del derecho fundamental, citado, sin justificación suficiente, a nuestro criterio, en motivos de salud de los consumidores.

Entre las funciones a desarrollar por el farmacéutico para garantizar el uso racional de los medicamentos, el artº 87 LM señala: a) De orden estricto de su profesión, las siguientes: de custodia, conservación y dispensación de medicamentos o de formulaciones magistrales con calidad y

---

<sup>52</sup> Vid informe sobre ...Ob cit. Pág. 31. Entre las razones que da el Tribunal para oponerse a la restricción de la publicidad, ha de señalarse: el perjuicio producido a los consumidores por la restricción de la competencia que produce, la dificultad de establecimiento entre los nuevos profesionales que aspiran a ejercer la misma profesión, la reducción del consumo de los servicios prestados, el alza de los precios.

bajo su responsabilidad, de acuerdo con la prescripción o según las orientaciones de la ciencia y el arte farmacéutico en el caso de dispensación sin receta, con reconocimiento expreso de la capacidad de sustitución del producto prescrito por causa justificada b) De relación con el SNS, tales como: de colaboración con la atención especializada y con las instituciones hospitalarias, de transmisión de información a los demás profesionales sanitarios, de elaboración de protocolos y pautas farmacéuticas, c) De orientación al paciente, tales como: de información sobre la medicación, informando al paciente, aconsejándole e instruyéndole sobre su correcta utilización, seguimiento de los tratamientos y de farmacovigilancia, de educación a la población sobre automedicación responsable.

Todos ellas son tareas perfectamente aceptables por un profesional de la farmacia sin que altere su capacidad profesional y su libertad empresarial.

En relación con el primer grupo hay que señalar que efectivamente la dispensación de medicamentos a través de las Oficinas de Farmacia asegura su control sanitario con un asesoramiento profesional estimable. Lo cual se manifiesta, entre otros hechos, en la inmediata disponibilidad del medicamento en el momento de su solicitud o la inmovilización, en su caso<sup>53</sup>. Pero realiza además otras funciones sanitarias complementarias en el campo de la analítica, de la óptica y acústica, del medio ambiente, de la bromatología, etc, e interviene en la dispensación de medicamentos veterinarios evitando el riesgo para la salud de las personas.

En el segundo grupo, en la relación del farmacéutico con el SNS, las aportaciones de aquel son de estimable interés por cuanto que dispone ésta de unos profesionales libres y capacitados que a través de su establecimiento le ofrecen y prestan servicios que el SNS ahorra, como por ejemplo: la oferta de datos sobre el número y condición (laboratorio que la fabrica, médicos prescriptores, financiación o no por la Seguridad Social, distribución geográfica, efecto sobre la población, etc) de especialidades dispensadas.

---

<sup>53</sup> Existen en el territorio nacional cerca de 18.000 Oficinas de farmacia abiertas al público.

Si importancia tienen las funciones antes señaladas, creemos que el tercer bloque conforma el núcleo esencial de la profesión farmacéutica. La primera puede llevarse a cabo por el personal auxiliar y de hecho así se hace y la segunda puede ser realizada por la propia Administración Pública, pero, sin embargo, la relación del farmacéutico con el paciente es consustancial a su formación ya su actividad, la sanitaria (creemos que estas funciones fundamentan la cualidad de "establecimiento sanitario" que la ley le otorga), y justifican la colaboración pedida por la LM en garantizar el uso racional del medicamento. En ellas se comprende: la información a la población para la correcta utilización del medicamento (tanto individual como colectivamente y tanto sobre los medicamentos prescritos como sobre los que no exigen recomendación médica), la supervisión del cumplimiento del tratamiento dado (nivel de aceptación o reacciones adversas, en su caso), tareas de educación sanitaria a través de campañas debidamente organizadas sobre prevención de enfermedades, de vacunación o nutricionales, actividades de colaboración con otros profesionales sanitarios tanto en la atención primaria como en la especializada, extra o intrahospitalaria.

Todas estas funciones y otras deducibles son las que creemos exige o debe exigir la LGS y la LM al titular de la Oficina de farmacia. La concertación es un medio para conseguir el fin dado a una de las partes, el SNS, y también, por supuesto, una garantía para el producto que "vende" el farmacéutico; (por disponer de un mercado universal, casi, y asegurado; de lo contrario, creemos que no firmaría el concierto, y porque, también de contrario, posiblemente la dispensación de medicamentos se haría por el propio SNS en los Centros de que dispone). La rebaja en el precio es parte de un acuerdo y el control sobre el precio y los beneficios se acepta por compensación.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de esta reflexión hemos pretendido poner de manifiesto la situación jurídica en que se encuentran los profesionales sanitarios (concretados en los médicos a través de su facultad de prescripción y en los farmacéuticos mediante la dispensación), en relación con el conjunto de normas

sobre todo infralegales que regulan sus respectivas actuaciones.

Hemos de decir que en ninguno de los casos estamos analizando situaciones nuevas que exigen inmediata solución, sino planteamientos de siempre, no por ello menos importantes, que también obligan a un continuo estudio ya aportar soluciones que por razones de distinto orden no se adoptan y colocan al sector en un estado de dependencia de mayor calado que a otros profesionales igualmente vinculados con la sanidad.

Si el apoyo jurídico de esta dependencia siempre ha sido escaso, a nuestro criterio, tras la Constitución de 1978 y de la aprobación de la LGS el sustento jurídico que hoy se mantiene a través de normas preconstitucionales, principalmente, es más débil y exige su adecuación a la nueva realidad. Pero, hemos de reconocer ya que respecto a la profesión farmacéutica la LM encierra ciertos contenidos que chocan frontalmente no sólo con el espíritu constitucional sino con el de la LGS que le sirve de sustento. ¿Es esta situación producto de la norma o es querida además por las partes que la desarrollan, Administración, fabricantes y dispensadores de los productos farmacéuticos?

El motivo fundamental que promueve este trabajo está en el hecho de que la reforma de las estructuras sanitarias que en apariencia se está produciendo se debe no a motivos sustanciales, que los hay y que han sido reiterados por la doctrina, sino a razones de orden económico-presupuestario que dificultan la aplicación del sistema existente. El que éste sea un hecho común en todos los países de nuestro entorno no justifica, nos parece, su aceptación sin las críticas, fundadas en Derecho, que se estimen pertinentes.

Si por razones coyunturales hay que reducir el gasto público destinado a la protección de la salud, reduciendo las prestaciones sanitarias, disminuyendo el número de prescripciones facultativas a dispensar por el SNS o trasladando al usuario mayores cuotas de participación económica, hay que aceptarlo sin remedio, pero estimamos que su ejecución ha de hacerse llevando a los ciudadanos no sólo el costo sino la realidad del problema y solicitando su participación cívica y económica. Es decir, poco resuelven las solucio-

nes a corto plazo y además impuestas, hoy han de aplicarse remedios a más largo plazo que sólo llegan a través de la concienciación ciudadana y de los profesionales que más directamente han de aplicar la terapia.

La presión continuamente ejercida sobre el médico por las autoridades competentes en materia sanitaria provoca no sólo el desconcierto del sanitario correspondiente sino también un ánimo de tensión con los pacientes que, imbuidos por los teóricos derechos que las mismas autoridades les exaltan, reclaman un comportamiento, de atención y cuidado, que la propia estructura no ofrece al médico. Para éste el problema ya no es trabajar dentro del sistema, mayor problema es trabajar con resultados siempre satisfactorios como el paciente exige.

La solución ha de venir por tanto a través de campañas de información y formación al médico, a través de su buen hacer de prescribir a cada paciente lo adecuado a su caso y en general hacer lo necesario para prevenir la enfermedad o recuperar su salud. Por ello debe ser el propio médico el que a través del libre ejercicio de su profesión ha de conseguir disminuir, en la medida de lo posible y dentro de los niveles de salud exigibles, el gasto farmacéutico. Sin duda que debe eliminarse la lista de fármacos repetidos que hasta hoy existen, ello ha sido una demanda continua, pero no por este sistema.

La información sanitaria a través de la publicidad permitida y de los sistemas de formación que se programen llevará al usuario del SNS a unos niveles de conocimiento sanitario que permita la automedicación responsable con el apoyo y el control farmacéutico. Pero no se puede pasar bruscamente de prohibir la automedicación a estimular la compra de productos farmacéuticos por considerar el Estado que se gasta mucho en farmacia. Puede ser peor el remedio que la enfermedad.

Pero además el conocimiento exacto por parte del ciudadano de la situación de gasto excesivo llevará sin duda a la aceptación del incremento de la participación del usuario. Para ello debe conocerse el gasto real, los factores que influyen en el precio del medicamento, su presentación al mercado en cuanto a fórmula, tamaño y dosis, etc.

Para los beneficiarios de la Seguridad Social el producto farmacéutico es una contraprestación a la cuota obligatoria que aportan. Si es insuficiente, debe saberse y buscarse soluciones, pero no ampliar, por razones de otro orden, el campo de afiliación y luego concluir que el fondo es escaso para prestar el servicio obligado. y si la financiación procede de los presupuestos debe ser esta la única vía y no la doble aportación para algunos beneficiarios del SNS.

De no ser así, debe cambiarse el modelo actual, buscando un régimen en libertad para el ciudadano y de responsabilidad para el médico. De libertad en la elección y de aportación según niveles de utilización y de responsabilidad de éste a través de su reputación y prestigio, lo que le llevará a unos niveles de retribución que otros no alcanzan. Así el sistema de colas puede ser soportable como lo es en la medicina privada.

La naturaleza jurídica de la Oficina de farmacia abierta al público permite al SNS llevarle a unas cuotas de sujeción que más bien provoca su

integración en el mismo. La consideración de la Oficina de farmacia como establecimiento sanitario permite su sujeción a previa autorización para su instalación, modificación o adaptación, habilita la inspección y comprobación para iniciación de la actividad, justifica la exigencia de información y colaboración en la protección de la salud en aras al interés general, como cualquier otro profesional, así como de las necesarias medidas de control de esa actividad para la seguridad de las personas y el normal funcionamiento de los servicios en bien de la comunidad. Pero no ha de llevar a otras exigencias como las que arriba han quedado señaladas.

Como se ha dicho, creemos que a los profesionales farmacéuticos esta situación de especialísima sujeción les conviene y voluntariamente la prorrogan.

El perjuicio está en que con ello se impide que muchos otros profesionales se dediquen a similar actividad y ejerzan la profesión que libre y voluntariamente han elegido.



# Los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario\*

*Alvaro Gil-Robles y Gil-Delgado*  
Profesor de Derecho Administrativo

La relevancia de este tema y la propia amplitud del mismo, ya de entrada permite comprender que se trata únicamente de aportar por mi parte unas reflexiones generales, partiendo de la concepción del usuario del servicio público sanitario como ciudadano y lo que ello entraña.

La propia referencia al concepto de ciudadano nos sitúa ya ante una visión actualizada de la cuestión que tratamos, subrayando un punto de distanciamiento con la tradicional forma de contemplar este tipo de relaciones jurídicas como entre "administrado" y Administración, dejando patente así que ya no podemos seguir tratando la cuestión desde una pura óptica de supremacía absoluta de las administraciones públicas frente a las personas destinatarias de su gestión -la derivación clásica del concepto de súbdito sino como personas jurídicas a las que constitucionalmente les vienen reconocidos derechos públicos subjetivos, así como los medios para ejercerlos.

La condición de ciudadano conlleva necesariamente esa doble consideración de las personas como sujetos pasivos o destinatarios del ejercicio de la potestad de supremacía general, y en su caso especial, de la Administración, pero también la de serles reconocidos derechos actuables ante o frente a las administraciones que, además, cuando se corresponden con aquellos especialmente protegidos al ser constitucionalmente calificados como fundamentales, son de aplicación directa, como reiteradamente ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la propia doctrina.

El art. 9 de nuestra Constitución es el más claro exponente de esta firme concepción, al situar a los ciudadanos ya los poderes públicos sujetos por igual a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Concepto éste de ciudadano en cuanto titular de derechos frente a los poderes públicos que se completa en el art. 105 de la CE y que encuentra su plena plasmación en el art. 35 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común, en que por primera vez en una norma de esta naturaleza, que tradicionalmente han sido el cauce para dejar clara la relación de supremacía entre los "administrados" y la Administración, ahora se recogen los "derechos de los ciudadanos". Todo un símbolo e inicio de cambio de concepción en este tipo de relaciones jurídicas, que abre un camino por el que tendremos que transitar aún durante muchos años dispuestos a retirar no pocos obstáculos.

No obstante, no es menos cierto que cuando esta concepción la trasladamos al ámbito de la salud es necesario tener en cuenta inevitables matizaciones que derivan del tenor de la propia Constitución.

Efectivamente, ésta viene a reconocer en su artículo 43 "el derecho a la protección de la salud", en términos tales que permite diferenciar un doble plano de actuación de este derecho. De una parte, el predicable individualmente por y cada uno de los ciudadanos y, de otra, la referencia a la tutela de la salud pública, que se configura así como un bien colectivo constitucionalmente protegido y que habilita a la Administración a incidir en la esfera sagrada de los derechos individuales,

---

\* Este trabajo es una transcripción de la conferencia pronunciada por el autor el día 12 de noviembre de 1993 en el acto de presentación de la revista "Derecho y Salud".

en aras de su protección y en cumplimiento del mandato que constitucionalmente se establece.

El derecho a la salud se configura por tanto desde el propio ámbito constitucional y en relación con el ciudadano individual (plano que ahora nos interesa) con una doble vertiente activa y pasiva frente a la Administración pública.

Pero es necesario también tener en cuenta que el art. 43 de la Constitución se encuentra situado en el capítulo tercero de la misma -"de los principios rectores de la política social y económica"-, y su valor y eficacia no es la misma ni tan directa que la del grupo de derechos y libertades fundamentales de la sección primera del Título Primero.

No estamos ante auténticos derechos públicos subjetivos de aplicación inmediata, sino que este grupo de los llamados derechos fundamentales de "tercera generación" para ser invocados por los ciudadanos es necesario que el legislador precise su contenido, tal y como expresamente determina el art. 53.3 de la propia Constitución. Pese a lo cual no convierte a estos principios en normas sin contenido sino que, muy al contrario, obliga a tenerlos presentes en la interpretación de las propias normas constitucionales y, como es lógico, de las leyes, como reitera la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 1982 (Sala Segunda), entre otras muchas.

Buen ejemplo de la aplicación profundamente positiva del derecho a la salud en ámbitos propios a la protección del interés general lo encontramos en la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y diferentes Tribunales Superiores de Justicia, cuando sustentan el principio "pro apertura" con respecto a las farmacias, precisamente en el carácter preferente y prioritario del derecho a la salud que proclama el art. 43 de la Constitución y como medida necesaria para su protección (Véase entre otras S.T.S. 19-6-90, Sala 3ª, Sec.1ª; o la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 9-5-91, entre otras muchas).

O cuando la propia jurisprudencia muy acertadamente ha continuado construyendo el contenido propio de este derecho en su faceta imperativa hacia la Administración, o de derecho de los ciudadanos a exigir de aquélla una conducta activa en

otros ámbitos que exceden también la protección del derecho individual y profundizan de lleno en la defensa del interés general. Tal es el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1958 (sala 4ª), entre otras, cuando determina que el control sanitario de la alimentación humana es uno de los servicios públicos reiteradamente recabados por la sociedad, y que su buen funcionamiento es un derecho de los ciudadanos consagrado en el art. 43 de la Constitución, de donde se deriva la correlativa obligación de los poderes públicos de poner en práctica las medidas preventivas que resulten necesarias y adecuadas para proteger la salud pública.

En consecuencia, la posición jurídica del ciudadano con respecto al derecho a la salud hemos de contemplarla desde este amplio reconocimiento constitucional, su conexión con otros preceptos de la Ley Fundamental (arto 15, por ejemplo), su concreción posterior a través de la legislación de desarrollo y su aplicación e interpretación jurisprudencial.

A este respecto, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ha venido a establecer la regulación general de aquellas acciones que "permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución". Pero lejos de mi ánimo el pretender aquí y con estas someras palabras realizar una glosa comentada de este fundamental texto legal, del que ya se han ocupado importantes y más competentes plumas que la mía.

Sólo deseo tenerla como un punto de referencia de cómo es posible contemplar al clásico "administrado", destinatario pasivo y silencioso de la acción administrativa, desde otra óptica sensible a la nueva concepción constitucional del ciudadano a la que nos referíamos anteriormente. Sus artículos 10 y 11 son una expresión clara de lo que quiero decir, de esa doble cara, activa y pasiva, del ciudadano ante el sistema de salud.

El art. 10 configura una extensa y completa tabla de derechos de los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, y créanme que cada vez que lo leo se me viene a memoria la infinidad de quejas que los españoles hicieron llegar hasta la institución del Defensor del Pueblo, poniendo

de relieve conductas administrativas que hoy consideraríamos insólitas y que eran el reflejo profundo del concepto del administrado como sujeto pasivo y paciente de la "potestas" administrativa.

Es necesario citar aquí no sólo los esfuerzos realizados individualmente y en cada caso para corregir disfunciones y abusos por parte de la institución del Defensor del Pueblo, sino muy en especial la recomendación de carácter general (Rec. 51/84) que dos años antes de aprobarse la actual Ley General de Sanidad, dirigía el entonces titular de la institución, Don Joaquín Ruiz-Giménez, al Ministro de Sanidad. En ella se decía literalmente:

"Que la ley General de Sanidad ordene el catálogo de derechos y deberes de los enfermos y usuarios y de los profesionales integrados en el sistema público de salud en desarrollo de lo que preceptúa el art. 43.2 de la Constitución que hace expresa reserva de la Ley para esta materia y con doble fundamento jurídico-constitucional".

No creo que sea preciso insistir en los argumentos que servían de base a aquella recomendación, posteriormente defendida ante las Cortes Generales, porque la misma fue recogida por el legislador en los términos que conocemos, pero sí constatar la incidencia que tuvo en el reconocimiento de los derechos del ciudadano ante el sistema de salud y su mayor y mejor protección.

Pero no olvidemos tampoco que el art. 11 de la Ley define "las obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema", en conexión con lo dispuesto en el art. 43.2 de la CE en cuanto a los derechos y deberes de todos en este ámbito, y especialmente significativo es su apartado tercero cuando define como tales el "responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales".

A la vista de lo expuesto, tal vez sea posible articular algunas reflexiones sobre el tema que nos ocupa.

La primera constatación, derivada de la propia situación del art.43 en el texto constitucional, sería la necesidad de considerar la naturaleza del derecho a la protección de la salud como un derecho no absoluto, tal como reiteradamente ha insistido la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando, por ejemplo, ha denegado el reintegro de gastos por atención médica fuera del sistema público de salud, cuando ésta no está justificada por la falta de adecuada asistencia en el país por parte de aquél.

Como es obvio, esta interpretación restrictiva no puede prevalecer en aquellos casos en que el propio sistema sea incapaz no ya de prestar técnicamente el acto médico que se requiere para hacer efectivo el derecho constitucional que nos ocupa, lo cual es hoy en día técnicamente improbable, sino cuando la sobrecarga del servicio reconduce a unos tiempos de prestación del mismo (listas de espera), en los que haya que valorar la situación teniendo en cuenta el derecho a la vida, protegido en el art. 15 de la Constitución y, éste sí, configurado como absoluto y prioritario a cualquier otro.

Pero, salvo la excepción indicada, este mismo principio de la defensa y protección del núcleo o contenido esencial del derecho constitucional a la protección de la salud es el que a mi juicio justifica otra serie de limitaciones en materias conexas, como puede ocurrir con respecto a la cobertura de productos farmacéuticos, por sólo citar un supuesto de los más notorios.

Pero en mi opinión los límites del derecho a la protección de la salud, en el binomio de la relación ciudadano-Administración sanitaria no han de buscarse sólo en la sinrazón de sufragar un acto médico en el exterior del sistema cuando es posible obtenerlo en el interior del mismo, sino también en el juego auténtico del principio de igualdad efectiva de todos en el acceso al servicio de salud (Sentencias del T.S. de 16-11-89, Sala cuarta, o del T.S.J. de Murcia de 3-7-89, entre otras varias).

Estaríamos, además, ante la defensa y preservación del núcleo esencial del derecho, el cual por su propia naturaleza está íntimamente ligado en cuanto a su más efectiva realización y amplitud, a las posibilidades económicas de la sociedad, las cuales podrían verse sobrepasadas, afectando

negativamente a la efectividad del derecho de todos a un estándar común de salud, si no se pone un límite al gasto en este terreno. Límite jurisprudencialmente construido sobre la base del principio de la igualdad efectiva en el acceso a las prestaciones sanitarias, tal y como lo determina el art. 3º.2 de la Ley General de Sanidad.

Principio de igualdad que a su vez también ha de confrontarse a otros derechos constitucionales cuya preservación se aparece en ocasiones a la jurisprudencia como de prioritaria protección, como es el caso de la confrontación de los artículos 15 y 43 de la Constitución a la hora de establecer los límites en los que, según la propia jurisprudencia, ha de primar la protección del derecho a la vida, o se deriva de la propia relación especial de sujeción en la que se encuentra el individuo con respecto a aquélla, según se desprende de la sentencia de 27 de junio de 1990 del Pleno del Tribunal Constitucional.

Derecho por tanto no absoluto y cuyo alcance y ejercicio ha venido a describir muy acertadamente la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991 (sala 5º) cuando afirma que "el derecho a la protección de la salud, garantizado constitucionalmente, art. 43.1 CE, implica que se realicen todas las acciones que lo hagan efectivo, art. 1 de la ley, derecho que es invocable junto a la asistencia sanitaria, art.12 de la ley, y para cuyo ejercicio están legitimados en la vía administrativa y jurisdiccional los sujetos a que se refiere el art. 1.2 de la ley, según lo dispone el art. 1.4 de la misma. La actuación de la Administración Pública y del sistema sanitario todo, está encaminada a promover la salud ya prevenir las enfermedades, arts. 3 y 6 de la ley, con una organización y funcionamiento de los servicios sanitarios regidos por el principio de eficacia, art. 1º.

Y en esta conjunción de derechos se aparece el de la información como clave y que se proyecta con respecto al ciudadano en un doble plano. De una parte como derecho a conocer aquellos datos sobre su enfermedad que le afecten a él o a sus familiares) y de otra la obligación de la Administración de facilitarle tal información ya guardar el secreto de la misma frente a terceros.

Este derecho a conocer la información clave sobre su enfermedad ya aportar su consentimiento

en la adopción de determinadas iniciativas médicas, es sin duda uno de los reflejos más claros de ese concepto potenciado de ciudadano, frente al de simple administrado, en las relaciones de aquellos con el sistema de salud.

Pero ese derecho a la protección de la salud, también juega en el plano de la reserva de los datos médicos, hasta tal punto que ni siquiera la administración tributaria puede recabarlos de los profesionales de la medicina, como bien claro ha dejado sentado la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

A este respecto, y aun cuando no me sea posible aquí extenderme mucho más sobre este punto, si quisiera dejar constancia de que en mi criterio el ámbito de cobertura a la confidencialidad de los datos médicos obrantes en el sistema de salud, cuando sean objeto de un tratamiento automatizado y la configuración del correspondiente fichero, no podrán en ningún caso ser objeto de cesión entre administraciones, ni a terceros, sin el consentimiento del interesado, ya salvo las excepciones del art.11.2 d) de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. En concreto, las previsiones de su art. 19 han de ser interpretadas en lo que a este campo se refiere, con un riguroso criterio restrictivo, que excepcione de las posibles transmisiones de datos entre administraciones, aquellos de que nos venimos ocupando, si no media autorización judicial.

Llegados a este punto y sin introducirme en el campo de la responsabilidad objetiva de la Administración por la prestación del servicio de salud, ni tampoco en la derivada del acto médico incurrido en mala praxis, tan de actualidad en estas fechas, porque ello escaparía también a los límites naturales de esta intervención, sí quisiera detenerme en una última reflexión sobre esa posición de algunos ciudadanos ante el sistema de salud, sus derechos y el principio de igualdad.

Lo que ahora voy a decirles no es el resultado de una reflexión de carácter doctrinal o dogmático, sino simplemente el paso profundo de muchos años entre quejas de los ciudadanos y especialmente de aquellos más desprotegidos. Me consta que muchos de quienes me escuchan en esta sala han vivido experiencias parecidas y posiblemente

se hayan hecho las mismas preguntas y llegado a conclusiones semejantes.

Hasta ahora hemos construido la esencia del derecho a la protección de la salud sobre el principio de la igualdad, lo que ha permitido articular toda una teoría de los límites para defender el contenido esencial de ese derecho constitucional.

Permítanme que ahora recabe el derecho a defender el principio de la discriminación positiva a la hora de definir el contenido esencial del derecho a la protección de la salud, cuando éste se pretenda ejercitar por parte de determinados ciudadanos.

Me refiero a la situación de aquellos que se encuentran en una situación crónica, epidémica o aquejados por enfermedades que les sitúan en una invalidez física o psíquica absolutas, por no citar más que dos de los grupos de esta naturaleza más significativos.

Con respecto a estos ciudadanos enfermos tiene que jugar el principio de la especial protección, no sólo porque constitucionalmente así está previsto, sino también porque para ellos el dotarles de un contenido máximo a su derecho a la salud, es la única y última posibilidad de conservar su dignidad de seres humanos.

Sin profundizar ahora en la situación de estas personas, pues ya lo he hecho a lo largo de diversos informes al parlamento en el ejercicio de mi responsabilidad como Defensor del Pueblo, no quiero dejar en silencio su situación de desigualdad de trato por parte de nuestro sistema de salud y la ausencia de una suficiente cobertura de sus necesidades médicas. Para estos colectivos y otros más, su condición de ciudadanos todavía no es plena en lo que al derecho constitucional a la protección de su salud se refiere y desde luego el hacerlo efectivo pasa por una especial protección. Para ellos es justo reivindicar el derecho a la discriminación positiva.

# Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos

*Juan-Luis Beltrán Aguirre*

Profesor de Derecho Administrativo

Vicepresidente de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud

SUMARIO: 1.- SOBRE LA OPORTUNIDAD DE LA DETERMINACIÓN NORMATIVA DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS. 2.- MARCO CONSTITUCIONAL: A) El problema jurídico de la reversibilidad de las prestaciones en un Estado social de derecho. B) La igualdad efectiva en las prestaciones y las autonomías territoriales. C) Sobre el rango jerárquico de la normativa reguladora de las prestaciones sanitarias. D) La ejecución autonómica de la legislación estatal. 3.- LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMO DERECHOS SUBJETIVOS: CONSIDERACIONES SOBRE SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA: A) Su conformación como derechos subjetivos. B) Efectividad del derecho a la prestación. C) Configuración temporal del derecho a la prestación. D) Configuración espacial del derecho a la prestación. E) El criterio de residencia como delimitador del derecho a la prestación. 4.- CONTENIDO MATERIAL DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRESTACIONES DE SALUD PÚBLICA.

## 1. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE LA DETERMINACION NORMATIVA DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.

Diversas son las razones que se pueden esgrimir para justificar la oportunidad y conveniencia de regular en un texto normativo el contenido de las atenciones y prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Centrándome en el enfoque jurídico, puedo apuntar, en primer lugar, el hecho constatable del vacío normativo en que se mueve la materia; la existencia al respecto una importante laguna legal. En efecto, de un lado, es bien sabido que la Ley General de Sanidad define en su artículo 10 los derechos de los usuarios de los servicios de salud públicos, pero no concreta ni precisa qué servicios y prestaciones pueden exigirse, es decir, no establece el contenido de la asistencia sanitaria individual que se garantiza a los usuarios. Su concreción queda diferida a otras normas<sup>1</sup>. De otro lado, si

bien es cierto que los artículos 28 y 29 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, delimitaban, aunque con escasa fortuna dada la ambigüedad y generalidad de los términos en que lo hacían, el "quantum" prestacional de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, no lo es menos que tal concreción se nos muestra en estos momentos obsoleta e inadecuada, toda vez que no se puede confundir el Sistema Nacional de Salud con la Seguridad Social, además de que tales artículos están formalmente derogados por virtud de la disposición derogatoria segunda del Real Decreto 571/1990, de 27 de abril.

En segundo lugar, a la vista de esta laguna, no es ocioso recordar cómo la generalidad de la doctrina<sup>2</sup> ha puesto de manifiesto la necesidad - exigencia constitucional de que los llamados derechos de prestación -entre los que se encuadra el

---

los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud.

<sup>2</sup> Por toda, vid E, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 1993, págs. 82 a 85.

---

<sup>1</sup> Para los medicamentos y productos sanitarios el artículo 10.14 se remite al reglamento. Véase al respecto el Real Decreto 83/1993, de 22 de enero, por el que se regula la selección de

derecho a la protección de la salud incorporados al texto constitucional en el Capítulo III del Título I dedicado a los principios rectores de la política social y económica, y concebidos en términos jurídico-constitucionales como meras expectativas de derechos, se transformen por el legislador ordinario en auténticos derechos subjetivos susceptibles de ser exigidos por vía jurisdiccional, lo que obliga a fijar un "quantum" prestacional que garantice unos niveles concretos en razón de datos objetivamente comprobables.

Nivel de prestaciones que no es posible seguir fijando por la vía de hecho, esto es, en función de que los servicios sanitarios decidan practicar o no determinadas técnicas asistenciales o quirúrgicas. Por el contrario, cuando las prestaciones de un servicio público, en nuestro caso el Sistema Nacional de Salud, se pretenden conformar como derechos subjetivos, razones de solidaridad del Sistema obligan a delimitarlas con la mayor precisión posible en un texto normativo. A las que hay que añadir razones de certeza y seguridad jurídica, en el sentido de que el ciudadano sepa a que atenerse; de que conozca cuales son los niveles prestacionales que el Estado le reconoce como derecho y que son cubiertos con recursos públicos. El ciudadano debe tener certidumbre sobre los acaecimientos o infortunios personales o sociales que le son protegidos por prestaciones de carácter público. El instrumento adecuado para ello es la Ley.

Nuestro Estado social y democrático de Derecho requiere sin más dilación que prestaciones básicas y esenciales como son las sanitario-asistenciales, tengan el adecuado tratamiento por parte del legislador ordinario en lo que atañe a su concreción. Deben quedar suficientemente ordenadas y sistematizadas las modalidades, especialidades y, en su caso, tratamientos que garantice el Sistema Nacional de Salud, así como suficientemente explicitadas las exclusiones que en cada momento se decidan.

## 2. MARCO CONSTITUCIONAL

A. El problema jurídico de la reversibilidad de las prestaciones en un Estado social de Derecho

Tomando como punto de partida la teorización alemana sobre la posible irreversibilidad de las conquistas sociales, nuestra doctrina ha ensayado también una interpretación de la cláusula del Estado social en su vertiente de vinculación jurídica del Estado al mantenimiento de un determinado nivel de prestaciones ya reconocidas y consolidadas<sup>3</sup>. Aunque la doctrina no es totalmente coincidente en las interpretaciones hechas, sí hay unanimidad en el rechazo de la idea de que las conquistas o beneficios sociales alcanzados a nivel legislativo resulten irreversibles en cualquier circunstancia en virtud de la cláusula del Estado social. Las divergencias aparecen en la valoración del alcance que puede tener dicha cláusula frente al legislador para la delimitación legislativa de los derechos sociales. MUÑOZ MACHADO<sup>4</sup> que recientemente ha estudiado este tema y, además, en directa relación a las prestaciones sanitarias, admite que puede darse de una forma constitucionalmente legítima una legislación nueva que se limite a suprimir o a rebajar el contenido de algunas prestaciones de carácter social, sin que necesariamente tengan que ser sustituidas por una política social diferente, si resulta razonablemente imposible atendidas las circunstancias económicas sobrevenidas. Se separa así de la posición mantenida por PAREJO ALFONSO<sup>5</sup>, que únicamente admite una legislación que tuviera por objeto la reducción de contenidos sociales ya reconocidos, en razón de la instalación de una política socio-económica distinta. No obstante, MUÑOZ MACHADO se cuida de afirmar también que una decisión legislativa de restricción sería, sin embargo, difícilmente aceptable en términos constitucionales si los parámetros económicos no han variado.

---

<sup>3</sup> Pueden verse los estudios de L. PAREJO ALFONSO, Estado Social y Administración Pública, 1983, págs. 53 y ss.; E. COBREROS MENDAZONA, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, HAEE/IVAP, 1988, págs. 173 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, Tomo I, 1988, página 232; y S. MUÑOZ MACHADO, La organización de los sistemas de salud, en el libro de ponencias del I Congreso de Derecho y Salud, 1993, págs. 82 a 89.

<sup>4</sup> Op. cit. pág. 88.

<sup>5</sup> p. Cit. págo 58

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su ya lejana sentencia 81/1982, tuvo ocasión de abordar tangencialmente este tema, haciendo la siguiente declaración en el fundamento jurídico tercero:

“... dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9,2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo. sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas”.

En suma, a la vista de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que se han manejado dentro de nuestro marco constitucional, no parece existir inconveniente para diseñar y ensayar, siempre que ésta sea razonablemente coherente con una determinada situación económica, una política legislativa que fije unos niveles de prestaciones distintos, mayores o menores, a los alcanzados y reconocidos legalmente en un momento dado. Ciertamente que la actuación de los poderes públicos está condicionada inexorablemente por las posibilidades económicas. No obstante, también creo que la Constitución impide la acción del legislador encaminada directamente y sin contraprestación a la supresión pura y simple de una conquista social<sup>6</sup>. Más aún cuando se trata de prestaciones vitales para el ser humano como son las sanitario-asistenciales.

#### B. La igualdad efectiva en las prestaciones y las autonomías territoriales

El proyecto de Real Decreto de prestaciones sanitarias contiene en su prólogo una, a mi juicio, enfática declaración de que las prestaciones de los Sistemas de Salud se han de hacer en condiciones de igualdad efectiva, pues a ello obliga el artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad, consecuencia, a su vez, del artículo 14 de la Constitución, cuya realización efectiva deben promover los poderes públicos. y conforme a este marco sienta como

<sup>6</sup> En este mismo sentido, E. COBREROS MENDAZONA, Op. cit. pág.174.

uno de los criterios informadores del Real Decreto, la necesidad de garantizar la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias, así como el rechazo de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios.

Sin embargo, entendida esta declaración como una uniformidad absoluta del "quantum" prestacional sanitario para toda la población, chocaría frontalmente con la esencia de nuestro Estado autonómico, que permite diferentes "status" del ciudadano derivados del legítimo ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias. Diferencias que, además, no pueden ser enjuiciadas desde la óptica del artículo 14 de la Constitución.

Lo anterior creo que está fuera de toda discusión a la vista de la reiterada doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al respecto y de la que se puede ofrecer los siguientes pronunciamientos:

STC 37/1981, de 16 de noviembre:

"El primero de tales principios es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional"

Y STC 37/1987, de 26 de marzo:

"El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir



cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1a de la CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales..."

Como puede observarse, para el Tribunal Constitucional ni tan siquiera la regla del artículo 149.1.1. que atribuye al Estado competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, permite una interpretación como la que, al parecer, pretende el proyecto de Real Decreto. Es más, a mayor abundamiento, puede recordarse cómo en los últimos tiempos ha prevalecido en el Tribunal Constitucional la tendencia a no considerar los preceptos del Capítulo III del Título I de la Constitución a efectos de aplicación de la regla formulada en el art. 149.1.1<sup>7</sup>.

Pero, en cualquier caso, es de advertir que si bien es cierto que el artículo 149.1.1. habilita al Estado a regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, habilitación que tiene por objeto evitar una quiebra de la igualdad fundamental en el "status" jurídico de los ciudadanos que pudiera derivarse de las distintas opciones políticas propias del desarrollo autonómico, también lo es que la igualdad que garantiza el precepto es la básica o mínima, lo que no impide, en consecuencia, que el "status" de los ciudadanos en relación con los derechos prestacionales reconocidos en el Capítulo III del Título I del Texto Constitucional, pueda ser diferente en razón de las

opciones que en cada caso asuman las Comunidades Autónomas.

La sentencia 37/1987 del Tribunal Constitucional fue suficientemente explícita en este sentido al subrayar que:

"El artículo 149 1.1. de la Norma Fundamental, como este Tribunal ha venido declarando desde la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre (F.J.3), no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma"

Como recapitulación de lo dicho en este epígrafe, puede afirmarse que la igualdad en el ejercicio de los derechos a que hacen referencia los artículos 139.1 y 149.1.1. de la Constitución, queda suficientemente cumplida con la regulación por el legislador estatal de un listado o catálogo de prestaciones mínimas y obligatorias que con carácter de generalidad y gratuidad se dispensen en todo el territorio nacional, pero sin que ello sea óbice para que las Comunidades Autónomas puedan ampliar tal listado en función de sus propias políticas asistenciales. Recuérdese también que el artículo 158.1 de la Constitución prevé transferencias financieras del Estado a las Comunidades Autónomas para asegurar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales.

### C. Sobre el rango jerárquico de la normativa reguladora de las prestaciones sanitarias

El Ministerio de Sanidad y Consumo se propone regular el tema de las prestaciones sanitarias mediante un Real Decreto. Así pues, opta por la vía reglamentaria en el entendido de que se trata de un desarrollo de la Ley General de Sanidad. Esta opción puede ser válida para los medicamentos y productos sanitarios por cuanto la Ley General de Sanidad contiene una expresa remisión al reglamento en el apartado catorce de su artículo décimo, y por cuanto los artículos 94 y 95 de la Ley del Medicamento también habilitan al reglamento para regular los medicamentos que se incluyen o se excluyen de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social, con cargo a fondos de ésta o a fondos estatales afectos a la Sanidad.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión puede verse el completo estudio de J. PEMÁN GA VIN, Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales, 1992, págs. 228 a 244.

Pero ocurre que para el catálogo de atenciones y prestaciones sanitarias no se contiene en la Ley General de Sanidad una habilitación similar a la prevista para los medicamentos. Cabe entonces preguntarse si la norma que ha de regular las prestaciones sanitarias debe tener rango de Ley o es suficiente con que tenga rango reglamentario.

Varios son los argumentos que apoyan la necesidad de una regulación por Ley. Trataremos de exponerlos sucintamente.

En primer lugar, el artículo 43. 2 de la Constitución dice en su inciso final que "la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto". Tal pronunciamiento parece que debe interpretarse como una reserva en favor de que sea la Ley la que regule estos derechos y deberes. La doctrina ha destacado razonadamente que expresiones constitucionales tales como la Ley regulará, la Ley establecerá, mediante Ley, tienen en común la inviabilidad de las remisiones genéricas al reglamento y la interdicción de las deslegalizaciones<sup>8</sup>.

En esta misma línea parece que debe entenderse la dicción la Ley establecerá contenida en el artículo 43.2. No creo que haya duda de que contiene una reserva de Ley en cuanto a la determinación de los deberes de los ciudadanos frente a la salud pública, que para algunos deberes (tratamientos obligatorios, etc.) incluso deberá ser Ley Orgánica. También creo que tal reserva es igualmente predicable respecto de los derechos ya que la misma se completa materialmente con otras muchas garantías, porque el derecho y el deber de la salud están indisolublemente unidos a otros derechos del ciudadano y, en último término, al principio cardinal de la dignidad de la persona.

En segundo lugar, nos encontramos ante una legislación básica en el sentido del art. 149.1.16 de la CE y así lo proclama paladinamente el prólogo del proyecto de Real Decreto. Sin embargo, atendiendo a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la noción de bases y sus

elementos formales y materiales, habría que convenir en que es preciso en este caso norma con rango de Ley. A la ordenación de la materia que nos ocupa creo que le es perfectamente aplicable la doctrina que recopila el Tribunal Constitucional en su sentencia 69/1988, de 19 de abril, y de la que se puede ofrecer los siguientes párrafos:

"A la satisfacción de la primera de dichas finalidades responde el concepto material de "norma básica", acuñado por la citada doctrina constitucional, conforme a la cual la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencia! que en la materia le asigne su Estatuto.

A la segunda finalidad atiende el principio de Ley formal que la misma doctrina acoge en razón a que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas, doctrina que se proclama con la afirmación de que "las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por Básico" -fundamentos jurídicos 5º de la STC 32/1981 y 1º de la STC 111982-, la cual expresa, de manera bien relevante, que la propia Ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica.

Como excepción a dicho principio de Ley formal, la referida doctrina admite que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases. Esta excepción, establecida principalmente para adecuar la legislación pre-

---

<sup>8</sup> Pueden verse, entre otros, I. BARCELONA LLOP, Principio de legalidad y Organización Administrativa, en Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al profesor E. García de Enterría), Tomo III, pág. 2412, así como la doctrina que cita este autor.

constitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional, como es la organización territorial del Estado, debe entenderse limitada al sentido que corresponde a su naturaleza de dispensa excepcional de suficiencia de rango normativo, pero no alcanza a la exigencia de que su carácter básico se declare expresamente en la norma o se infiera de su estructura en la misma medida en que es ello aplicable a la Ley formal, pues lo contrario sería permitir que por la vía reglamentaria se introduzcan elementos de confusión e incertidumbre, siendo que ello se deja negado en la Ley formal”

“...manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la "norma básica" venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básico o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introdujera por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento”

Finalmente, y en tercer lugar, también puede invocarse en favor de norma con rango de Ley, la utilización para la normación pretendida de la competencia estatal contemplada en la regla primera del artículo 149.1 de la Constitución, respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha dicho que opera como un título competencial a favor del Estado y como un límite para las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias y que puede aplicarse de forma complementaria con respecto a otras reglas competenciales o, incluso, de forma autónoma .

Dado, pues, que tal normativa vinculará necesariamente a las Comunidades Autónomas constituyéndose en límite parcial para el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, resulta obligado concluir que, salvo supuestos excepcionales en que esté materialmente justificada la normativa reglamentaria<sup>9</sup>, el instrumento adecuado e imprescindible para

<sup>9</sup> Así, entre otras, STC 5/1981, de 13 de febrero; 6/1982, de 22 de febrero; 49/1984, de 5 de abril; 82/1986, de 26 de junio, etc. Véase al respecto el acabado estudio de J. PEMAN GAVIN, Op. cit. pá gs. 231 y ss. sobre esta cuestión.

<sup>10</sup> Es el caso, por ejemplo, de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios y productos relacionados con el consumo humano y la autorización de aditivos y otros componentes empleados en la industria alimentaria, para cuya

cuado e imprescindible para regulaciones que tengan como objeto establecer las condiciones básicas y mínimas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos prestacionales, debe ser la Ley.

#### D. La ejecución autonómica de la legislación estatal

El proyecto de Real Decreto, en su disposición adicional primera, establece que el Ministerio de Sanidad y Consumo podrá autorizar con carácter provisional a propuesta de los correspondientes Servicios de Salud, la utilización de nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos, en la forma y con las garantías que se consideren oportunas; por un plazo limitado y para centros o servicios determinados.

La autorización de concretos centros o servicios sanitarios para la utilización o práctica de nuevas técnicas es, sin duda alguna, una competencia o función de mera ejecución de la legislación aplicable, y como tal corresponde ejercerla a las Administraciones propias de las Comunidades Autónomas. No encuentro justificación válida para la retención de esta función ejecutiva por el Estado, posibilidad que muy excepcionalmente ha admitido el Tribunal Constitucional. A mi juicio, los criterios que en cada caso sirvieron al Tribunal para justificar la excepcionalidad, no concurren en el supuesto que tratamos<sup>11</sup>. Así pues, creo que resulta más respetuoso con el bloque de la constitucionalidad y con el reparto de competencias, que sean las Comunidades Autónomas quienes ejerzan esta función de ejecución.

### 3. LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMO DERECHOS SUBJETIVOS: CONSIDERACIONES SOBRE SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA

#### A. Su conformación como derechos subjetivos

---

regulación reglamentaria el Estado ha hecho uso de las competencias contenidas en el art. 149.1.1. y 16.

<sup>11</sup> Véanse al respecto las sentencias 42/1981, de 22 de diciembre; 11/1982, de 28 de enero; 56/1983, de 28 de junio, y más recientemente la 149/1991, de 4 de julio.

Partiendo de la premisa de que en lo relativo a esta cuestión se es tributario de la estructura técnica diseñada para las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, que, como es bien sabido, se configuran como auténticos derechos subjetivos' pero teniendo presente también que el Sistema Nacional de Salud no solamente es algo más que la Seguridad Social, sino también algo distinto a ésta, no parece que se pueda eludir en la normativa sobre prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud que ahora se pretende, la delimitación del contenido y ámbito del derecho a la prestación, partiendo, obviamente, de su conformación como un verdadero derecho subjetivo, de tal suerte que el beneficiario de la prestación goce de la titularidad de un derecho subjetivo típico controlable, en consecuencia, por vía jurisdiccional con las correspondientes condenas al Servicio sanitario de dar la prestación, o, en su caso, la indemnización correspondiente.

Para abordar esta configuración se ha de partir indudablemente del artículo primero de la Ley General de Sanidad que establece al respecto que son titulares del derecho a la protección de la salud ya la atención sanitaria, estando legitimados para el ejercicio de los derechos que la Ley establece, tanto en vía administrativa, como jurisdiccional, todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. Esta declaración debe completarse con la contenida en el artículo 3.2. que extiende la asistencia sanitaria pública a toda la población española, si bien tal extensión quedó neutralizada y condicionada a las posibilidades económicas por la Disposición Transitoria Quinta.

El artículo 1.4 legitima, pues, para el ejercicio de los derechos que la Ley General de Sanidad establece, a los españoles y extranjeros residentes<sup>12</sup>. Tal condición es suficiente para ostentar legitimación, sin que sea precisa la concurrencia de otros títulos específicos. Entonces, la cuestión

---

<sup>12</sup> La legitimación que se deriva del artículo 1.4 de la Ley General de Sanidad desplaza y deja sin efecto en gran medida la definida por el artículo 100 de la Ley General de la Seguridad Social, ya que aquél considera el derecho de cada individuo autónomo, en lugar del derivado del cabeza de familia como lo concebía éste. Véase al respecto los comentarios de J. AP ARICIO, La Seguridad Social y la protección de la Salud, 1989, págs. 218 a 225.

se desplaza a cuáles sean esos derechos, y es aquí donde interviene la normativa objeto de estos comentarios, en cuanto delimita el "quantum" de las prestaciones sanitarias, es decir, en cuanto fija el efectivo contenido del derecho a la asistencia sanitaria, algo que no hace la Ley General de Sanidad.

Se trata ahora, no tanto de incorporar normas procesales sobre legitimación de los beneficiarios para exigir jurídicamente la prestación, ya que, al menos en su núcleo esencial, está suficientemente definido por la Ley General de Sanidad, sino de agregar normas que fijen el contenido y ámbito del derecho a la prestación.

## B. Efectividad del derecho a la prestación

Es algo indiscutible que la efectividad de las prestaciones sanitarias no depende tanto de los mecanismos jurídicos para exigir las, como del buen funcionamiento de los servicios sanitarios. Estos deben ser capaces de ofrecer respuestas técnicas de carácter preventivo, asistencial o rehabilitador, con un nivel importante de especialización. De ahí que, como afirma PEMAN GAVÍN<sup>13</sup>, a la definición legal de las prestaciones deben añadirse la definición de los estándares de rendimiento de los servicios, en la calidad de la atención prestada. y ello está en función de una compleja red de factores entre los que habría que mencionar las dotaciones de personal sanitario y de medios materiales de los centros, la formación de médicos y demás categorías de personal, los estímulos al trabajo de los mismos, la buena organización de los centros, etc.

Soy consciente de que no es nada fácil fijar normativamente unos estándares mínimos de funcionamiento de los servicios sanitarios, pero ello no es óbice para que, al menos, se intente.

## C. Configuración temporal del derecho a la prestación

Con esta rúbrica pretendo referirme a las "listas de espera".

---

<sup>13</sup> Derecho a la salud y administración sanitaria, Op. Cit. Pág. 87.

Admitida esta realidad -presente, por otra parte, en la mayoría de los sistemas de saludes preciso abordarla y darle también respuesta jurídica. Estas listas deben estar "bien formadas"<sup>14</sup>, de manera que estén constituidas por pacientes cuyo tratamiento pueda demorarse sin agravamiento de la enfermedad. Pero, a mi juicio, no basta con esto. Considero también necesario, a efectos de una correcta configuración jurídica del derecho, definir unos tiempos máximos de espera; establecer plazos máximos para dar la prestación en función de las características de los servicios sanitarios o de los respectivos tratamientos. Incumplidos estos plazos se habría lesionado el derecho de prestación y surgiría el correlativo derecho a la reparación.

#### D. Configuración espacial del derecho a la prestación

Se trata también de definir el marco territorial del derecho prestacional. Lógicamente parece que debe ser el de la Comunidad Autónoma respectiva, y dentro de ésta, el Área de Salud. Recuérdese que el artículo 56 de la Ley General de Sanidad determina que éstas últimas son las estructuras fundamentales del sistema sanitario, responsabilizadas de la gestión sanitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos.

Sin embargo, esta delimitación territorial debe completarse con una referencia normativa a los llamados "servicios de referencia" de ámbito nacional en cuanto son el cauce imprescindible para asegurar el acceso a determinadas prestaciones que por su complejidad y especialidad sólo las aplican determinados servicios sanitarios ubicados fuera del territorio en el que, *prima facie*, se hace efectivo el derecho.

No se me oculta que el artículo 15 de la Ley General de Sanidad se preocupa de regular esta posibilidad y contempla los "servicios de referencia", disponiendo que a los mismos podrán acceder todos los usuarios del Sistema Nacional de la

Salud una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la Comunidad Autónoma donde residan. Ahora bien, la determinación de cuáles sean tales servicios y la regulación de su régimen económico queda remitida al reglamento. Pues bien, a mi entender, es ahora momento propicio para abordar también esta regulación.

Lógicamente, en los supuestos de urgencia también debe entenderse que quiebra el criterio de la territorialidad en la prestación sanitaria, y así debe ser contemplado.

#### E. El criterio de residencia como delimitador del derecho a la prestación

Una vez admitido que el catálogo o listado de prestaciones sanitarias que pueda regular y promulgar el Estado tendrá el carácter de mínimos, y que las Comunidades Autónomas, en función de sus propias políticas sanitario-asistenciales, podrán completar dicho listado o catálogo regulando e incorporando otras prestaciones, procede preguntarse si el criterio de residencia en la Comunidad Autónoma puede ser válido a efectos de vincularlo con el derecho a tales prestaciones autonómicas.

La cuestión ha sido suficientemente estudiada por la doctrina y el Tribunal Constitucional<sup>15</sup> desde la perspectiva del principio de igualdad del artículo 14 de la CE, y desde el mandato contenido en el artículo 139.1 del Texto Constitucional, pudiéndose colegir de ella que no existe impedimento constitucional para condicionar el disfrute de un derecho a la residencia en un lugar, esto es, en una concreta Comunidad Autónoma.

La anterior conclusión es aplicable a las prestaciones sanitarias. Lo que no pueden hacer las Comunidades Autónomas es regular de forma distinta el acceso a sus servicios sanitarios en función de que la persona resida o no en la Comunidad, pues esta regulación es común para todo el territorio del Estado, pero sí pueden definir como gratuitas o no las prestaciones sanitarias que excedan de las mínimas y que estén total o parcialmen-

<sup>14</sup> Expresión utilizada en el Informe Abril.

<sup>15</sup> Al respecto puede consultarse J o PEMÁN GAVIN, Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales, op. Cit. Pág. 144 a 186.

te financiadas con cargo a fondos propios de la Comunidad Autónoma, en razón de la residencia de la persona. La exigencia de residencia no es en sí misma cuestionable, pues es lógico que la prestación se dirija a quien tiene un vínculo estable con la Comunidad Autónoma.

Más problemática resulta la posibilidad de establecer periodos mínimos de residencia para poder acceder gratuitamente a dichas prestaciones.

#### **4. CONTENIDO MATERIAL DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRESTACIONES DE SALUD PÚBLICA**

Es incuestionable que el derecho a la protección de la salud reconocido por el artículo 43 de la

Constitución, tiene como corolario, entre otros, la acción de los poderes públicos dirigida a la protección de la salud pública o salud colectiva. Corresponde, pues, a las Administraciones Sanitarias proteger la salud colectiva de la población garantizando unas condiciones externas de salud adecuadas, y como contrapunto de esta obligación corresponde al ciudadano un derecho a que esta acción pública dirigida a velar por la salud pública se materialice en actuaciones ciertas.

En este sentido, parece exigido incorporar a las modalidades de prestaciones sanitarias reguladas en el Anexo I del proyecto de norma, las prestaciones o servicios de salud pública con el contenido mínimo que los sanitaristas estimen conveniente.

# La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud\*

*Francisco José Villar Rojas*

Profesor de Derecho Administrativo

Vocal de la Junta Directiva de la Asociación de Juristas de la Salud.

Sumario: 1. Los hechos: la creación de entidades instrumentales para la gestión de la sanidad. 1.1 La creación de empresas públicas para la prestación de servicios sanitarios. 1.2 La conversión de la autoridad sanitaria en una entidad instrumental. 1.3 La gestión jurídico-privada de servicios en mano pública no es privatización de servicios. 2. Las razones: la búsqueda de una gestión eficaz de la sanidad. 2.1 La aplicación de técnicas empresariales a la sanidad. 2.2 El substrato ideológico: las propuestas del Informe Abril. 3. Los títulos jurídicos de la administración: la eficacia y libertad de elección del modo de gestión. 3.1 Significado y alcance del principio de eficacia en la sanidad. 3.2 La libertad de elección del modo de gestión: el caso de las entidades de derecho público. 4. Los títulos jurídicos de los ciudadanos: los límites a la organización y funcionamiento de los servicios de salud. 4.1 El estatuto del servicio: núcleo irreductible del derecho público. 4.2 La prestación del servicio: la imposible huida del derecho. 5. Los efectos: ¿sigue siendo lo organizativo elemento esencial de lo básico?

## 1. LOS HECHOS: LA CREACIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES PARA LA GESTIÓN DE LA SANIDAD

### 1.1 La creación de empresas públicas para la prestación de servicios sanitarios

El modelo integral de salud atendido por una organización pública, centralizada y básica, prevista por la Ley General de Sanidad (1986) parece estar en el baúl de los recuerdos. Se está extendiendo la prestación de los servicios sanitarios a los ciudadanos mediante empresas públicas que acomodan su funcionamiento a normas de derecho privado (mercantil, civil y laboral). Encontrar ejemplos de este cambio en la gestión de la sanidad no es complicado. Baste mencionar algunas de las empresas públicas que han sido creadas en los últimos años:

-Adscritas al Servicio Catalán de la Salud: 1) *El Centro de Resonancia Magnética de Vall d'Hebron* (1991, hoy denominada *Instituto de Dia-*

*gnóstico por la Imagen*), entidad de derecho público con personalidad jurídica cuya actuación se acomoda al derecho privado, encargada de los servicios de diagnóstico de alta tecnología mediante técnicas de resonancia magnética en el ámbito de esa ciudad sanitaria; 2) *Energética de Instalaciones Sanitarias, S.A.* (1991), empresa pública con forma de sociedad anónima, que tiene como objeto lograr la mejora de la eficiencia energética en los centros sanitarios que configuran el Servicio Catalán de la Salud; 3) *Sistema de Emergencias Médicas, S.A.* (1992), también como sociedad anónima, que tiene por objeto la atención de las emergencias médicas, realizando cuantas actividades sean necesarias con el fin de garantizar en todo momento la atención pre-hospitalaria, el transporte asistido y el ingreso en el centro adecuado de enfermos críticos; y 4), las empresas denominadas: *Gestión de Servicios Sanitarios, Instituto de Asistencia Sanitaria, y Gestión y Prestación de Servicios de Salud* (1992), todas con forma de entidad de derecho público que ajusta su actividad al derecho privado, y que tienen la misión de atender los servicios de atención sanitaria, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y atención socio-sanitaria, que fueron traspa-

---

\* Ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud, (Santiago de Compostela, junio 1994), a las que acudió en representación de la Asociación de Juristas de la Salud, si bien el autor es el único responsable de su contenido.

sados de las Diputaciones de Lérida, Gerona y Tarragona, respectivamente, a la Generalidad de Cataluña.

-Tuteladas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía: el *Hospital de la Costa del Sol* (1992), entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, que se rige en sus relaciones "ad extra" por normas de derecho mercantil, civil y laboral, a la que se encomienda la gestión del *Hospital de Marbella* para la asistencia sanitaria de las personas incluidas en su ámbito geográfico y poblacional; y, aun sin constituir (fue creada en marzo de 1994), la empresa pública que ha de encargarse de la gestión de los servicios de emergencia sanitaria en Andalucía, también como entidad de derecho público con personalidad propia y sujeta a normas de derecho privado.

-Vinculada al Servicio Vasco de Salud, la sociedad pública, con forma de sociedad anónima, *Alta Tecnología Sanitaria, S.A.* (1992), cuyo objeto social es la gestión, administración y explotación de servicios de diagnóstico y tratamiento sanitario que conlleven la aplicación de alta tecnología. Su financiación procederá de la venta de sus servicios y actuará en el mercado como un proveedor más.

A esto debe añadirse la propuesta que se contiene en el documento *Estrategias de Cambio para la Sanidad Vasca* (junio, 1993) para la conversión de todos los centros asistenciales dependientes del Servicio Vasco de Salud en sociedades públicas sometidas al derecho privado, cuya dirección se encomienda a un ente público, también sujeto al ordenamiento privado, que actuará como un "holding de empresas" -en línea con la tarea que desempeña el Ente Vasco de la Energía o, en el ámbito estatal, el Instituto Nacional de Industria-, reservando las funciones de regulación y financiación al Departamento de Sanidad.

Pese a existir normas autonómicas sobre empresas públicas, a los efectos de esta exposición, las empresas descritas son reconducibles a dos grupos en atención a la forma de personificación y su régimen jurídico: uno integrado por todas aquellas que tienen personalidad jurídico-pública, cuya organización y funcionamiento se regula por la respectiva norma de creación, que incluye los organismos autónomos comerciales, las entidades

de derecho público y los entes públicos apátridas -de acuerdo con los art.4 y 6.1,a y 6.5 Ley General Presupuestaria-; y otro formado por las que tienen personalidad jurídico-privada, esto es, sociedades anónimas cuya organización queda sujeta a la legislación mercantil y, en su caso, civil -art.6.I,b Ley General Presupuestaria-. En ambos casos, la sujeción a un ordenamiento jurídico singular, propio de cada empresa, quiere ser el mecanismo que permita a los administradores mayor libertad en la gestión de los fondos públicos, la toma de decisiones y el desarrollo de la actividad que tengan encomendada (provisión de bienes o servicios).

La primera manifestación de ese ordenamiento singular se produce frente a la normativa que ordena los presupuestos, el gasto, y la contabilidad de las administraciones públicas. Las empresas mencionadas obtienen, en mayor o menor grado, suficiente autonomía financiera para tener mayor disponibilidad sobre los fondos públicos que le sean asignados -controles a posteriori-, capacidad de generar recursos propios y, en ocasiones, escapar de las reglas de contabilidad públicas. Baste mencionar, a título de ejemplo, que el presupuesto de ingresos y gastos, que obliga a toda unidad administrativa se sustituye en las sociedades estatales por un programa anual de actuación, inversiones y financiación, que aprueba el Gobierno (art. 87 a 90 de la ley General presupuestaria).

La segunda manifestación de la huida del derecho administrativo pretende evitar la aplicación de las normas sobre formación de la voluntad de las administraciones públicas, tanto el derecho común -Ley de Procedimiento Administrativo Común, 1992-, como el derecho general de la administración institucional -Ley de Entidades Estatales Autónomas, 1956-. Se trata de que la toma de decisiones sea más ágil y, por tanto, que no esté formalizada.

La tercera proyección del derecho "ad hoc" se refiere a la ordenación de su actividad externa. Estas empresas sujetan sus relaciones con terceros a normas de derecho privado: la contratación de bienes y servicios, el régimen jurídico de su personal y la gestión de su patrimonio, -normalmente cuentan con facultades para crear uno propio-, se realiza según la legislación mercantil, civil y labo-



ral, a imagen de cualquier empresa privada. En esta faceta, la huida lo es de la normativa sobre contratos públicos, el estatuto de los funcionarios y las leyes sobre el patrimonio y la hacienda públicas; aunque, en realidad, lo es de la obligación de respetar los principios de concurrencia y publicidad que rigen la contratación administrativa, los de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y las limitaciones establecidas en cuanto a la disponibilidad del patrimonio público, siempre sujeto a un interés general. En otras palabras, se acude al derecho privado para contratar sin límites y de forma directa, para pagar más al personal -superando los toques salariales de los presupuestos públicos y "usar" el patrimonio con criterios empresariales, con amplias facultades de disposición.

La utilización del derecho privado en la gestión externa debe ser matizada para no inducir a equívocos. Alguno de los estatutos de las empresas mencionadas fijan criterios que pretenden limitar la libertad de pactos que rige la contratación privada. Así, por ejemplo, el *Hospital de Marbella* se regirá por el derecho mercantil, civil y laboral, " *sin perjuicio del sometimiento de su actuación a estrictos criterios de interés público y rentabilidad social, así como a los criterios de publicidad y concurrencia* ". El problema es determinar el grado de exigibilidad de un criterio, que no es un principio jurídico vinculante.

## 1.2 La conversión de la autoridad sanitaria en una entidad instrumental

El cambio en la gestión de los servicios de salud también alcanza a la forma en que se organiza la autoridad sanitaria. Como es conocido, siguiendo el modelo del Instituto Nacional de la Salud, los servicios regionales de salud se fueron configurando como organismos autónomos de carácter administrativo, sujetos en su actuación a normas de derecho público (País Vasco -1983-, Andalucía -1986-, Galicia -,1989y Navarra -1990-), hasta que la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña (1990) adoptó una organización diferente.

El Servicio Catalán de la Salud es un ente público de carácter institucional, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el

cumplimiento de sus fines. Sus tareas se pueden reconducir a dos tipos: a) la gestión y administración de los centros, servicios y prestaciones del sistema sanitario público, que puede realizar empleando cualquiera de los modos de gestión de servicios conocidos, incluyendo fórmulas de derecho privado; y b) la ordenación, planificación, programación y evaluación sanitarias, socio-sanitarias y de salud pública, así como su financiación. En otras palabras, esta entidad instrumental tiene la responsabilidad de prestar asistencia sanitaria, pero puede hacerlo empleando cualquier mecanismo jurídico, público o privado. Al tiempo, le compete la función de regular y financiar el servicio público, tarea que implica el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, su sujeción al derecho administrativo. Consecuencia de esta descentralización, tan sólo resta a la administración matriz (el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña) la definición de la política sanitaria.

La fórmula del ente público institucional, capaz de emplear el derecho privado para cumplir sus obligaciones prestacionales, ha sido adoptada con posterioridad por las leyes reguladoras de los servicios de salud de Asturias (1992), Islas Baleares (1992) y Castilla-León (bajo la denominación de Gerencia de Salud, 1993).

En suma, la autoridad sanitaria tiende a configurarse como una entidad instrumental que sujeta su actividad a un derecho singular, esto es, a un conjunto normativo "ad hoc" construido para regular su funcionamiento y que se caracteriza por evitar la aplicación de las leyes que regulan la actividad de las administraciones públicas.

## 1.3 La gestión jurídico-privada de servicios en mano pública no es privatización de servicios

El cambio en la gestión de la sanidad que representan los ejemplos descritos debe entenderse en sus justos términos. No se trata de un caso de privatización de servicios públicos (MARTÍN MATEO, ARIÑO ORTIZ, VILLAR ROJAS). Esta consiste en la reducción de la actividad pública de producción y distribución de servicios mediante el traspaso, en ocasiones la devolución, de esa función a la iniciativa privada. La desna-

cionalización, la concertación, la desregulación o la liberalización son algunas de las técnicas jurídicas que sirven a los objetivos de privatización. Es más, en su proyección sobre los servicios públicos, la privatización tiene tres efectos: la reducción de las actividades calificadas como servicio público, la reordenación jurídica de la actividad para asegurar la universalidad, igualdad y continuidad de lo que sigue siendo servicio, y, por último, la gestión indirecta por empresas privadas que asumen cargas de servicio público. Pero lo singular es que para garantizar lo que sigue siendo servicio público *la regulación es absolutamente inevitable*. Una regulación que engloba la definición de las prestaciones, las responsabilidades de las autoridades, el título habilitante para la gestión, y los derechos y deberes de los usuarios.

Tampoco se trata de la privatización de la gestión, del cambio de técnicas de gestión directa a modos indirectos de prestación, que en la sanidad se resumen en los conciertos y convenios previstos en la Ley General de Sanidad.

Ni una, ni otra formas de privatización puede encontrarse en la incipiente reorganización de la gestión de los servicios de salud. Por el contrario, el cambio descrito encaja con la denominada privatización de la organización de los servicios sin cambio de titularidad (VILLAR PALASI, MARTIN-RETORTILLO, GARRIDO FALLA), esto es, de la gestión jurídico-privada de servicios en mano pública tan en boga en los últimos años en nuestro país y de la que es paradigma la Agencia Tributaria.

## 2. LAS RAZONES: LA BÚSQUEDA DE UNA GESTIÓN EFICAZ DE LA SANIDAD

### 2.1 La aplicación de técnicas empresariales a la sanidad

La razón aducida para esta descentralización de la gestión de los servicios de salud y, en particular, de la huida del derecho administrativo hacia la libertad que ofrece el derecho mercantil, es la mejora de la eficacia en la prestación de los servicios. Pero, a diferencia de la privatización de servicios públicos, la eficacia no se busca mediante el traspaso de la titularidad pública a la privada

-que pasa a actuar en régimen de concurrencia-, sino que se acude a mecanismos jurídicos que permitan una gestión más flexible.

Está en la Constitución: uno de los principios que deben regir el funcionamiento de las administraciones públicas al servicio de los intereses generales es el de eficacia (art. 103 CE). También está en la Ley General de Sanidad: "*los servicios sanitarios (...) adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad*" (art. 7). Las exposiciones de motivos de las normas que han creado las empresas públicas mencionadas expresan la misma idea:

El acuerdo de autorización al Servicio Catalán de la Salud para la creación de la empresa *Gestión de Servicios Sanitarios* explica la utilización de mecanismos de gestión empresarial adecuados con el carácter prestacional de la administración sanitaria "*con el fin de alcanzar una gestión óptima de los servicios transferidos mediante la utilización de mecanismos ágiles y que permitan el máximo aprovechamiento de los recursos existentes, garantizando los principios de racionalización, eficacia, simplificación y eficiencia de la organización sanitaria*". No se explica, sin embargo, por qué no se emplea la técnica mercantil por excelencia: la sociedad anónima.

La Ley andaluza 2/94, de 24 de marzo, de creación de la empresa pública para la gestión de los servicios de emergencias sanitarias explica la elección de la entidad de derecho público personificada afirmando que "*garantiza el carácter público y gratuito y (es) la que mejor se adapta a la gestión de estos servicios sanitarios de emergencia, por varias razones de naturaleza, organización, régimen de su actividad, funciones y objetivos a cumplir (...) pues con esta opción puede conseguirse la equilibrada combinación entre las técnicas públicas y privadas de administración, que demanda una actividad como la gestión de dichos servicios sanitarios*". Quedan sin explicación cuáles sean esas razones que motivan la decisión de crear una entidad instrumental en detrimento de la administración territorial.

En el nivel de la organización de la administración sanitaria, el preámbulo de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña razona que lo singu-

lar del ente público *Servicio Catalán de la Salud*, frente a otros servicios regionales de salud, es la diversidad de fórmulas de gestión que puede emplear, en orden a avanzar *"en la incorporación de mecanismos de gestión empresarial, adecuados al carácter prestacional de la Administración sanitaria, no obstante su naturaleza pública"*. Queda en manos del ente público decidir sobre el modo de gestión de los centros y servicios sanitarios, pero téngase en cuenta que esta discrecionalidad se refiere a la prestación de servicios, no a las funciones de ordenación, planificación y financiación.

En todos los casos se defienden las técnicas empresariales de gestión sin referencia alguna a las deficiencias que pueda tener la gestión tradicional ordenada por el derecho administrativo. Los legisladores parecen actuar a partir de una opinión común sobre la necesidad de gestionar la sanidad mediante entidades instrumentales sujetas en su actuación al derecho privado, dando por supuesto que las deficiencias expresadas existen.

## 2.2 El sustrato ideológico: las propuestas del Informe Abril

Conocido por todos, el Informe Abril (1991) propone en materia de organización dos cambios sustanciales respecto a lo dispuesto por la Ley General de Sanidad: 1) la sustitución del concepto integral de salud por uno basado en la separación de las funciones de autoridad sanitaria y de las funciones de prestación de servicios, que, a su vez, se organizan según lo que se conoce como *"mercado interno"*, esto es, la separación entre el regulador y financiador (la autoridad sanitaria), el comprador de servicios (las áreas de salud), y los proveedores (los centros asistenciales públicos y privados); 2) el otro cambio sustancial es la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado en la gestión de los centros y servicios asistenciales públicos.

La creación de un mercado interno en el que compitan centros sanitarios públicos y privados exige, cuando menos, conferir autonomía de gestión y capacidad de contratar a los centros públicos. Una y otra medida, añade el Informe, podrían alcanzarse transformando los centros sanitarios públicos en sociedades estatales sujetas en su

funcionamiento al derecho privado, lo que afectaría a la contratación de bienes y servicios -no a la prestación de servicios sanitarios a las áreas de salud-, a la contratación de personal en régimen de derecho laboral, ya la gestión de su patrimonio, reconociéndoles la capacidad de tener su propia caja.

¿Por qué no se acude a fórmulas de derecho público? Por razones que aparecen a lo largo de todo el informe. Al referirse a las dificultades para reordenar las funciones de las áreas de salud en orden a la separación de las competencias de financiación y compra de las de gestión y provisión, se dice: *"por si fuera poco, el INSALUD actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho Público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de la asistencia sanitaria. El derecho público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la gestión"*. Más adelante, al comenzar la explicación de la reforma en cuanto a la gestión se afirma: *"el análisis de otros sistemas europeos (...), confirma de modo absoluto que las formas administrativas son inadecuadas para atender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad"*. De otra parte, al detallar las causas por las cuales en el sistema sanitario español no existe una cultura de gestión, se señala, entre otras: *"la omnipresencia de un sistema burocrático, guiado por el principio de legalidad de las formas, más que un sistema de gestión, orientado al logro de resultados"*. En suma, el Informe apunta que una parte de las deficiencias del sistema sanitario español es imputable a su tradicional gestión según normas administrativas que hacen ineficaz la prestación e impiden atender con calidad las necesidades de los ciudadanos.

Los argumentos expuestos constituyen el sustrato ideológico que está implícito en la decisión de crear empresas públicas para la prestación de servicios sanitarios. La gestión de la sanidad con técnicas empresariales aparece como la panacea

frente a la rigidez e ineficacia que resulta del derecho público; sin que nadie parezca haberse planteado el por qué del derecho administrativo, ni cuáles son las posibilidades de reformar algunas de sus normas fundamentales para mejorar la gestión de los servicios públicos.

### 3. LOS TITULOS JURIDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN: LA EFICACIA y LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL MODO DE GESTIÓN

#### 3.1 Significado y alcance del principio de eficacia en la sanidad

En sanidad, y en general en los restantes servicios públicos en los que se ha producido la huida hacia el derecho privado, las razones esgrimidas, como la racionalización, la flexibilidad, la simplificación de la gestión son reconducibles a un principio constitucional que rige el funcionamiento de las administraciones públicas: la eficacia.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional (PAREJO ALFONSO), su contenido resulta de la suma de los siguientes elementos: 1) este principio consagra un bien o interés jurídico de orden constitucional, 2) tiene un contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, de forma que su concreción corresponde al legislador ordinario en relación a lo que sea el interés general 3) obliga a todas las administraciones públicas, y 4) por mandato constitucional, este principio alcanza a la organización de la administración, a su funcionamiento, y se proyecta sobre todos los servicios públicos en un sentido amplio.

Pese a su fuerza jurídica, la ubicación institucional de este principio tiene dos condicionantes fundamentales: sus efectos dependen del legislador ordinario y, en caso de conflicto con otros principios o bienes constitucionales, siempre cede ante ellos.

Los efectos que pueda producir este principio dependen del legislador ordinario. Este debe precisar su alcance para cada acción pública. En unos casos se tratará de atender un fin empleando los menos recursos, en otros consistirá en la mera prestación del servicio, y en otros supuestos, la

calidad de la prestación o la protección de determinados bienes jurídicos serán lo determinante. De ello resulta que la eficacia sólo puede exigirse una vez que el legislador haya fijado su contenido en relación a un fin público determinado. En el caso que nos ocupa, la eficacia de la gestión depende de lo que sean prestaciones sanitarias, porque sólo si están definidas podrán fijarse los objetivos a conseguir: reducir costos, extender la asistencia especializada a todos los ciudadanos, desarrollar alta tecnología, etc.

El segundo condicionante es la subordinación de la eficacia a los demás bienes jurídicos constitucionales. En todo servicio público, y por tanto la sanidad, la eficacia buscada a través de la cláusula mercantil nunca podrá justificar un desplazamiento del principio de legalidad -determinación de lo que sea servicio público y habilitación de potestades para la administración-, tampoco podrá contradecir el principio de seguridad jurídica -derechos y deberes de los gestores y de los usuarios-, ni vulnerar el principio de igualdad en sus diversas manifestaciones: igualdad en el acceso (universalidad y desequilibrios territoriales), igualdad en el funcionamiento (calidad y tarifas) e igualdad entre los gestores (conurrencia y publicidad en la contratación de servicios). La razón es sencilla: en el ámbito público, la eficacia no puede alcanzarse a cualquier precio (MARTIN REBOLLO), y menos aún cuando la contraprestación consiste en reducir o eliminar las garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos frente a la acción del poder público o le imponen obligaciones.

#### 3.2 La libertad de elección del modo de gestión: el caso de las entidades de derecho público.

Principio rector de la ordenación de cualquier servicio público es la libertad de la administración para elegir el modo de gestión (ALBI, DE LA CUETARA). Una vez que la ley define lo que sea servicio público, atribuye potestades a la administración para su prestación, y establece las garantías de los usuarios, al Derecho es indiferente la forma en que aquélla se materialice, por gestión directa (órgano administrativo), empresa pública), o por gestión indirecta (contratación con tercero).

La decisión por uno u otro modo de gestión es discrecional. Corresponde a la autoridad administrativa optar por aquella fórmula que, atendidos todos los intereses en juego, asegure la mejor prestación a los ciudadanos: la más barata, la de más calidad, la más segura, en suma la más eficaz.

La opción por la empresa pública para la gestión de la sanidad es un ejemplo de esa potestad discrecional. La personalidad jurídica permite la adopción de un ordenamiento singular que facilite la autonomía presupuestaria y convierta a la empresa en centro de imputación de relaciones jurídicas, aunque no puede ocultar que estamos ante una administración pública gestionando un servicio (relación de instrumentalidad, GARCÍA DE ENTERRIA). Prueba de ello es la exclusión de que se suscriban contratos de gestión de servicios públicos con entidades personificadas, o con sociedades de derecho privado de capital íntegramente público (art.62 Ley de Contratos del Estado). Debe añadirse que la discrecionalidad sobre el modo de gestión alcanza también a la forma jurídica que adopte la empresa pública (ente de derecho público, sociedad anónima); no, en cambio, al régimen jurídico que dependerá de la forma que aquélla adopte.

La constitución de sociedades anónimas públicas para la provisión de servicios (ej. *Sistema de Emergencias Médicas, S.A.*) es un fenómeno que cuenta con tradición en nuestra administración pública (ej. *sociedades, anónimas municipales*). Del derecho administrativo se pasa al derecho privado (mercantil y laboral), tanto en su organización interna, como en su actuación, permitiéndoles actuar en el mercado como si fuesen empresas privadas. No obstante, siempre habrá un núcleo de derecho público: el integrado por las normas que regulan su creación y otorgan potestades de dirección y control de la administración matriz, junto con los principios constitucionales que le son de aplicación en cuanto que poder público, pese a la vestidura mercantil.

La opción por entidades de derecho público es igualmente legítima y, como se ha expuesto, la de más frecuente utilización en la gestión de servicios de salud. Se trata de una organización con personalidad jurídico-pública, pero que actúa conforme al ordenamiento privado, tanto para la

prestación de un servicio público (ej. *Hospital de la Costa del Sol*), como para el ejercicio de funciones de autoridad sanitaria (ej. *Servicio Catalán de la Salud*). Para la doctrina (SALA ARQUER), la contradicción que supone huir del derecho administrativo pero mantener una personalidad de derecho público, responde a que ésta es la vía para lograr la máxima flexibilidad y libertad en su funcionamiento. Teniendo personalidad pública, los aspectos más enojosos de la legislación mercantil, como el control de la competencia desleal o la normativa sobre abuso de posición dominante, quedan obviados porque no es una sociedad anónima; al tiempo que, en cuanto persona pública, puede ostentar potestades administrativas. En cambio, su calificación como empresa pública le permite escapar de las leyes generales sobre formación de la voluntad de las administraciones públicas -y sobre todo de sus mecanismos de control-, someterse a normas privadas en materia de contratación, personal y patrimonio, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente.

La posibilidad de disfrutar de las ventajas de ambos ordenamientos sin tener que soportar sus inconvenientes es lo que hace atractiva esta fórmula a los gestores públicos. Su fundamento es simple: si en virtud del principio de libertad de elección del modo de gestión, la administración puede elegir la técnica para prestar el servicio, también podrá -al menos eso parece decidir el régimen jurídico que regirá su actuación, siempre que se utilice la norma de rango adecuado.

Esta afirmación obliga a formular una pregunta: ¿puede la administración desprenderse de las normas que entorpecen su actividad y someterse a aquéllas que le ofrecen libertad sin ninguna clase de límites? La respuesta, que se explicará más adelante, debe ser anticipada: la administración pública, cualquiera que sea su ropaje jurídico, está sujeta al principio de legalidad -sólo puede hacer lo que la ley le autorice y debe actuar siempre al servicio de los intereses generales; no tiene libertad de acción como los particulares -que pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba-, ni puede evitar la aplicación de los principios jurídicos que ordenan su actuación en cuanto que poder público.

#### 4. LOS TITULOS JURIDICOS DE LOS CIUDADANOS: LOS LÍMITES , A LA ORGANIZACION y FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

##### 4.1 El estatuto del servicio: núcleo irreductible del derecho público

Asegurar el funcionamiento de la sanidad como servicio público es imposible con mecanismos jurídico-privados. Si se quiere asegurar el acceso de los ciudadanos a unas prestaciones básicas -y parece que nadie discute que la universalidad y la equidad deben regir la sanidad deben otorgarse poderes exorbitantes a las administraciones públicas, porque no se imagina cómo asegurar su continuidad -frente al derecho de huelga-, encauzar su prestación -limitando la libertad de creación de empresas-, o imponer la obligación de prestar el servicio sin discriminación -frente a la libertad de elección del cliente con normas que se basan en la libertad de contratación y de pactos. Desde otra perspectiva, todo servicio público impone la exclusión de las reglas del mercado en su funcionamiento: el libre juego de la oferta y la demanda -la capacidad económica del usuario no sirve para fijar las condiciones de acceso a la sanidad. Ahora bien, la concesión de esos poderes debe ir acompañada de instrumentos legales que protejan los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y, en su caso, establezcan con claridad cuándo, cómo y bajo qué condiciones deben ceder ante las potestades administrativas. Este equilibrio entre potestades y garantías constituye el fundamento del derecho administrativo, sólo este ordenamiento puede regular las potestades administrativas, y sólo él es capaz de asegurar la existencia del servicio público y de proteger a sus usuarios.

Su fundamento constitucional es indudable. La legitimación de la intervención pública se apoya en el deber de "promover

las condiciones para que sean reales y efectivas la libertad y la igualdad de los ciudadanos" (art.9.2 CE), y de "servir con objetividad los intereses generales" (art.103.1)", en particular, "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones necesarias" (art.43.2). Las garantías de los ciudadanos arrancan de la doble vinculación de toda actuación

administrativa: en cuanto que poder público, la administración queda sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art.9.1), donde se incluyen los derechos fundamentales y los principios generales constitucionales (art.9.3); en tanto que parte del poder ejecutivo, debe servir los intereses generales "con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art.103.1) bajo el control de los tribunales (art.106.1); a ello debe añadirse que, en materia sanitaria, es misión de la ley fijar los derechos y deberes de todos los sujetos del servicio (art.43.2 CE in fine).

Como mínimo, lo jurídico-público debe definir el interés general y ordenar el equilibrio entre potestades y garantías. En sanidad abarca las responsabilidades de las autoridades sanitarias -el objeto de la prestación y las potestades que pueden ejercitar para su consecución, las obligaciones y los derechos de los gestores -el título habilitante-, y los derechos y deberes de los usuarios; en otros términos, los elementos básicos del estatuto del servicio público. No ocurre nada parecido con la gestión. Si la administración lo considera conveniente, la prestación puede realizarse acudiendo al derecho privado y aprovechando las fuerzas del mercado, en particular las ventajas que derivan de la concurrencia.

La aplicación de lo expuesto a nuestro sistema sanitario es complicada. Lo que sea servicio público está por definir. La Ley General de Sanidad no dice qué es la salud, tampoco la Ley General de la Seguridad Social respecto al objeto de la asistencia sanitaria -servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios-. Por el contrario, como es sabido, aquella ley está volcada en lo organizativo y deja en manos de las administraciones sanitarias la determinación de las prestaciones que constituyen el objeto de las funciones de promoción, prevención, asistencia y rehabilitación de la salud, la fijación de las normas de acceso al servicio, y la garantía de calidad de las prestaciones.

El proyecto de Real Decreto sobre prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud (versión de 24 de marzo de 1994) constituye el primer intento por definir el objeto de la asistencia sanitaria pública. El fin es plausible, no así su contenido, ni su forma.

En primer lugar, porque, siendo la sanidad un servicio público descentralizado, el Estado tiene competencia para fijar las prestaciones mínimas, pero no las máximas. Si una Comunidad Autónoma gestiona mejor sus recursos no existe título jurídico que le impida ampliar las prestaciones básicas que ofrece a sus ciudadanos. Debe recordarse que, en materia de servicios públicos, corresponde al Estado fijar el nivel de suficiencia de todas y cada una de las prestaciones que se estimen básicas, que asegure un trato igual de los ciudadanos; pero que la uniformidad *la* es en el nivel básico. A partir de él, las Comunidades Autónomas podrán aumentar en calidad o cantidad las prestaciones en la medida que mejoren la gestión de los recursos básicos que reciben del Estado o destinen parte de sus recursos propios a esa finalidad. Los desequilibrios que puedan producirse no serán ya inconstitucionales, sino resultado de la descentralización territorial del servicio público.

En segundo lugar, lo que sea servicio público debe contar con el máximo de legitimidad democrática y social. Sin entrar a valorar el rango de la norma empleada -no es el lugar, pero la Constitución reserva a la ley la fijación de los derechos y deberes de los ciudadanos en orden a la protección de la salud, art.43.2 CE-, sí que debe ponerse de manifiesto que la definición de los elementos esenciales del estatuto del servicio debe realizarse por ley, debe ser el legislador quién decida qué tipo de sanidad quiere, no ya desde su organización, sino desde su contenido: qué prestaciones quiere garantizar a todos los ciudadanos y cómo financiarlas. El proyecto mencionado no sólo no hace esto, sino que además reserva a la administración sanitaria la facultad de decidir la incorporación de nuevas técnicas y, con ello, el poder de fijar en cada momento las prestaciones a que tienen derecho los ciudadanos.

#### 4.2 La prestación del servicio: la imposible huida del derecho

Separado lo sustantivo (el estatuto del servicio) de lo instrumental (la gestión), aquél sujeto al derecho público, y éste en condiciones de efectuarse con fórmulas jurídico-privadas, procede volver a cuestionarse si la libertad de elección del

modo de gestión es también una libertad para construir su régimen jurídico como parece ocurrir con las entidades de derecho público

Ante todo debe recordarse que la personalidad jurídica de estas entidades no puede ocultar que son un instrumento ideado por la administración titular del servicio para su mejor atención. pero que carecen de intereses propios (p.ej. la empresa *Gestión de Servicios Sanitarios* presta servicios sanitarios en Lérida que son responsabilidad de la Generalidad). Cada una de estas entidades está vinculada con la administración de la que nacen por una relación de instrumentalidad. aquella nombra a sus directivos. establece sus líneas generales de actuación e interviene sus decisiones más relevantes (p.ej. inversiones). La huida al derecho privado se proyecta sobre la toma de decisiones y sobre las relaciones con terceros (contratación. personal y patrimonio). pero no sobre la prestación del servicio que aparece ordenada por su estatuto. De hecho. de aplicar la técnica del levantamiento del velo -ejemplo de doctrina jurisprudencial garantista. art.24 CE-. detrás de la personalidad y del ropaje jurídico-mercantil. siempre se encontrará una administración sujeta al principio de legalidad. que sólo puede hacer aquello que la ley le autoriza y en las condiciones que la autoriza. Cualquiera que sea la forma que adopte. la administración no tiene libertad para elegir su régimen jurídico porque no puede renegar de ser quien es.

Consecuencia de lo expuesto, el marco constitucional que ordena la actuación de las administraciones públicas es de aplicación a todas las entidades instrumentales (GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ hablan de principios constitucionales que vinculan a los poderes públicos; DEL SAZ y PARADA VAZQUEZ de una *garantía institucional de Derecho Administrativo* ). Sin ninguna duda están sujetas a ese marco cuando ejercitan potestades administrativas, cualesquiera que éstas sean, no sólo las coactivas -lo que confirma el art.2.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común-. Pero también cuando actúan como si de auténticas empresas se tratase porque carecen de autonomía para formar su voluntad. Así, entre otros mandatos, en la contratación de bienes y servicios con terceros deberán respetar los principios de concu-

rrencia y publicidad (art.14 CE); los de mérito y capacidad en la selección de su personal (art.23 CE); la gestión de su patrimonio debe estar al servicio de los fines públicos que ordene la norma de creación (art.103.1 y 31.2 CE); los daños que causen serán imputados de forma objetiva (art.106.2 CE); su actuación debe regirse por el principio de objetividad, porque la Constitución proscribiera la arbitrariedad (art.9.3 CE); en fin, toda su actividad está sujeta al principio de legalidad (art.9, 103.1 y 106.1 CE).

De otra parte, y por lo que se refiere a su actuación conforme al derecho privado, por instrumental que sea la gestión, tampoco es una esfera de libertad para los gestores públicos. El derecho mercantil es un ordenamiento cada vez más intervencionista, en el que la protección del pequeño accionista, la defensa de los intereses de los consumidores, la transparencia de los mercados, el control del abuso de posición dominante, etc., han determinado cargas importantes para los gestores y una ampliación de su responsabilidad (SALA ARQUER, BORRAJO INIESTA). Por su parte, el derecho comunitario europeo cuenta ya con un marco jurídico que limita la acción de las empresas públicas (MUÑOZ MACHADO). Baste con mencionar las directivas sobre transparencia financiera, para controlar las ayudas de los Estados miembros que privilegien a sus empresas, y las que ordenan la contratación pública de obras, servicios y suministros. Además, la jurisprudencia comunitaria está consolidando principios generales sobre el funcionamiento de los poderes públicos, con independencia del dato formal de su personificación y de su ropaje jurídico "ad extra", que afectan también a las entidades instrumentales de nuestro país.

No obstante, sería ilusorio no reconocer que lo expuesto es más fácil de decir que de hacer realidad. La creación de entidades instrumentales para la prestación de servicios o para el ejercicio de potestades públicas pone en cuestión el papel del derecho como garantía. Cada vez más serán frecuentes las situaciones que atenten contra la seguridad jurídica, cuya corrección dependerá de la decisión y la voluntad de los tribunales que deban resolverlas. Baste mencionar dos de las causas de esa inseguridad jurídica implícitas en la regulación de las entidades de derecho público.

Es práctica reiterada que los estatutos de estas entidades sometan al derecho administrativo ya los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos que dicten en ejercicio de potestades públicas (o de funciones públicas); pero que no precisen cuáles sean esas potestades, ni cuando se ejercitan. La segunda causa se refiere a la toma de acuerdos. Excluida la legislación común de las administraciones públicas, los estatutos de esas empresas regulan la forma de tomar acuerdos, pero se genera un vacío legal importante, porque esas disposiciones no cuentan con los mecanismos de contrapeso -procedimiento, motivación, expresión escrita, recurso de la legislación desplazada (PARADA).

Sujetar la actividad de todas las entidades instrumentales al marco constitucional que les vincula es una tarea ingente, que está por hacer, y tanto más complicada en la medida que cada entidad cuenta con su propio ordenamiento. De ahí la búsqueda de criterios que faciliten el control como la técnica de los actos separables, el levantamiento del velo de las personas jurídicas, o la propuesta de unidad jurisdiccional para los actos de las administraciones. Igual fundamento comparten las propuestas para simplificar las entidades instrumentales, o para reestablecer la ecuación entre la forma jurídica del órgano administrativo y el régimen jurídico de su actividad {GARRIDO FALLA}. Y, de ahí también la petición de una legislación básica sobre entidades instrumentales (PEREZ MORENO).

## 5. LOS EFECTOS: ¿SIGUE SIENDO LO ORGANIZATIVO ELEMENTO ESENCIAL DE LO BÁSICO?

La gestión jurídico-privada de los servicios de salud pone en cuestión uno de los dogmas que sustentan el sistema sanitario español: que lo organizativo es elemento esencial de lo básico. Este principio explica la uniformidad del modo de gestión que impone la Ley General de Sanidad a todas las Comunidades Autónomas: creación de un servicio regional de salud, organización del servicio en áreas de salud, con competencias de autoridad sanitaria y de asistencia, y distinción entre atención primaria y atención especializada, con precisos mandatos sobre su ordenación -



centros de salud, red de hospitales de utilización pública-.

En su defensa se ha argumentado (PEMAN GAVIN) que siendo las prestaciones sanitarias *"muy tecnificadas (se requiere unos saberes altamente especializados, un instrumental muy sofisticado y una organización muy compleja), en las que la dimensión temporal ( el antes o el después de la asistencia) tiene en muchos casos un valor determinante, y en las que las posibles deficiencias o errores pueden dar lugar a situaciones irreversibles (...), La mejor garantía no está en la simple definición legal de las prestaciones o la previsión de acciones o recursos para exigir las ( con ser esto importante y necesario) sino en los estándares de rendimiento de los servicios, en la calidad de la atención prestada (...)* Lo fáctico, lo instrumental, lo organizativo, tiene así una directa relevancia substantiva que no es posible desconocer",

El fenómeno estudiado demuestra lo contrario. La gestión es instrumental, existen servicios de salud organizados como organismos autónomos administrativos (p.ej. País Vasco, Navarra, Galicia, Andalucía), otros como entes de derecho público (Cataluña), e incluso alguno como órgano administrativo sin personalidad (Valencia), sin que su diferente organización desvirtúe un ápice sus responsabilidades públicas. En algunas CC.AA. han sido creadas empresas públicas para prestar servicios, en otras igual tarea es desempeñada por la administración sanitaria, o es concertada con compañías privadas (p.ej. urgencias médicas), tampoco aquí cambian las obligaciones de las administraciones sanitarias. Lo importante es delimitar cuáles son las prestaciones exigibles por los ciudadanos, cuál su contenido -estándares de calidad-, cuáles los requisitos y condiciones exigidos para prestar el servicio, cuáles las potestades de la administración sanitaria, señalando con claridad las vías para su ejercicio y los medios para que cada parte pueda defender sus intereses. Para el Tribunal Constitucional, lo que sea básico está constituido por la regulación del interés general de la materia de que se trate (noción material de bases), y en sanidad el interés general se resume, se identifica con el estatuto del servicio (art.43 CE), del que no forma parte el modo de gestión porque lo organizativo es instrumental.

En conclusión, la huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud es un intento de buscar ámbitos donde la administración pueda actuar con mayor libertad, donde su actividad no sea frenada por las garantías del derecho administrativo -concurrencia en la contratación, mérito y capacidad del personal, control del gasto público, motivación de sus decisiones-. En ocasiones, incluso, parece que lo realmente buscado es la huida del derecho, de todo control jurídico -público o privado-, de toda norma que dificulte o limite una gestión eficaz; de ahí la proliferación de entidades de derecho público. Pero, como se ha explicado, la eficacia no se puede obtener a cualquier precio. El derecho reaparece por todas partes, en su organización, en su actividad, porque las administraciones públicas no son libres para elegir las reglas de juego. La libertad de elección del modo de gestión no es libertad, es discrecionalidad otorgada por el derecho y limitada por éste. Razones técnicas, económicas, organizativas explican en cada caso la gestión directa -personificada o no indirecta de los asuntos públicos, pero en todos los casos la administración sanitaria sigue siendo una organización al servicio de los intereses generales sometida a la ley, a los derechos fundamentales y al resto de los mandatos constitucionales que vinculan la acción de los poderes públicos.

---

#### Bibliografía:

Sobre el modelo sanitario que establece la Ley General de Sanidad (1986) pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J. PEMAN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria* (Real Colegio de España, Bolonia, 1989), M. BEATO ESPEJO, *"El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad"* (R.A.P. 119 y 120, 1989), y S. MUÑOZ MACHADO, *"La organización de los sistemas de salud (la integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios)"* (libro de ponencias primer congreso "Derecho y Salud", 1993). Su reconsideración a la vista de las propuestas contenidas en el Informe Abril: M. BEATO ESPEJO, *"Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el*

*usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial*", (R.A.P. 131, 1993).

Entre la abundantísima bibliografía que ha generado el tema de la empresa pública basta destacar los estudios de G. ARIÑO ORTIZ, "*La empresa pública*", en obra colectiva, *El modelo económico en la Constitución* (I.E.E., 1981), R. MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la Economía* (Ceura, 1985), y S. MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico* (La Ley, 1988), todos ellos reconocidos especialistas. En particular, sobre el régimen jurídico de las empresas públicas-entidades instrumentales previstas en los art.4 y 6 de la Ley General Presupuestaria, el trabajo más completo sigue siendo el de F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico* (I.N.A.P., 1986). Sobre la legislación autonómica en materia de empresas públicas pueden encontrarse referencias en el libro citado de MARTÍN RETORTILLO.

Sobre el significado de la privatización pueden verse R. MARTÍN MATEO, *Liberalización de la Economía* (Trivium, 1988), G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado* (Marcial Pons, 1993) y F.J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos* (Tecnos, 1993).

El equilibrio entre la eficacia (potestades) y el control (garantías), esencia del derecho administrativo, merece muchas páginas en todos los manuales generales de la asignatura; como también el significado y alcance del principio de legalidad que vincula a la administración. Para una aproximación en clave constitucional: L. MARTÍN REBOLLO, "*La administración de garantías: vigencia y limitaciones*" (R.C.E.C. 13, 1992). En torno al significado de la eficacia: L. PAREJO ALFONSO, "*La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*" (D.A. 218-219, 1989). Sobre la libertad de elección del modo de gestión, el clásico libro de F. ALBI, *Tratado sobre los modos de gestión de las corporaciones locales* (Aguilar, 1960); más reciente, J.M. DE LA CUETARA MARTINEZ, *La actividad de la administración* (Tecnos, 1983).

En torno a la huida al derecho privado, con carácter de análisis general del fenómeno, J.L. VILLAR PALASI, "*Tipología de los entes instrumentales en Derecho Administrativo*", S. MARTÍN-RETORTILLO, "*Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente*", y F. GARRIDO FALLA, "*Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas*" (todos en las actas del Congreso Homenaje a Clavero Arévalo, Sevilla, 1991). También, J.M. SALA ARQUER, "*Huida al Derecho Privado y huida del derecho*" (R.E.D.A. 75, 1992). Otros trabajos se han centrado en la fijación de límites jurídicos al fenómeno de las entidades instrumentales: destacan los principios constitucionales E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ-RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (vol.I, 6 ed., Civitas, 1993), R. PARADA VAZQUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (vol.I, 5 ed., Marcial Pons, 1993) y S. DEL SAZ, "*Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva Constitucional*", en obra colectiva *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo* (Civitas, 1992); desde la perspectiva del derecho comunitario S. MUÑOZ MACHADO, "*Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*" (R.E.D.A. 75, 1992); y tomando como referencia el derecho que rige las sociedades mercantiles L. BORRAJO INIESTA, "*El intento de huir del Derecho Administrativo*" (R.E.D.A. 78, 1993). Una línea diferente ha sido la propuesta de simplificación de las entidades instrumentales: F. GARRIDO FALLA, "*Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*" (R.E.D.A. 79, 1993), y la de armonización de las leyes autonómicas sobre empresas públicas: A. PÉREZ MORENO, "*Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas*" (Congreso Homenaje a Clavero Arévalo, Sevilla, 1991).

Finalmente, la cita sobre el carácter básico de lo organizativo en sanidad está tomada del libro de PEMAN GA VIN, y citado, su crítica en F.J. VILLAR ROJAS, "*La ordenación sanitaria de Canarias: límites competenciales*" (La Laguna, 1992).

# El Consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios.

## La experiencia de Cataluña

*Josep Lluís Lafarga i Traver*

Director del Área Jurídica del Servicio Catalán de la Salud.  
Presidente de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud

### I

La doctrina de Italia -país en que esta figura jurídica ha tenido un mayor arraigo define el consorcio como una asociación voluntaria de personas jurídicas, públicas o privadas, constituida para alcanzar finalidades e intereses propios de la Administración pública. Son sus características esenciales la preexistencia de una comunidad de intereses, la existencia de una pluralidad de sujetos -públicos o privados vinculados voluntariamente, la creación de una organización común de carácter instrumental, y la consecución de finalidades no lucrativas, generalmente la prestación de servicios de interés público.

A pesar de su implantación en otros ordenamientos jurídicos (Italia, Alemania, etc.), en el Estado español no existe una figura tipificada de los consorcios administrativos que concrete su naturaleza y régimen jurídico con carácter unitario. Efectivamente, los consorcios -u otras soluciones próximas han surgido de forma espontánea al amparo de diversas leyes especiales o sectoriales, ya menudo se ha dado esta denominación a figuras heterogéneas que muy poca relación tienen entre ellas -los consorcios para la repoblación forestal, los consorcios urbanísticos, los consorcios para la gestión de las zonas o depósitos francos o los consorcios para la gestión e inspección de las contribuciones territoriales, etc.

Sin embargo, dentro de la gran familia consorcial hay una especie perfectamente identificada, los consorcios locales, que fueron introducidos en nuestro ordenamiento por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955<sup>3</sup>. Este Reglamento, cuyas previsiones reprodujo con ligeras matizaciones el texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 1975<sup>4</sup>, facultaba a las corporaciones locales para constituir consorcios -entes de base asociativa y de carácter voluntario dotados de personalidad jurídica propia con "entidades públicas de diferente orden para instalar o gestionar servicios de interés local", excluyendo tanto la participación de las entidades privadas en los consorcios locales, como la agrupación de corporaciones locales de un mismo orden (ayuntamientos o diputaciones provinciales, exclusivamente) bajo la fórmula del consorcio.

En la actualidad, los consorcios locales encuentran su apoyo legal en la vigente Ley de Bases de Régimen Local de 1985<sup>5</sup> y, en el ámbito de

---

LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "Los consorcios en el Derecho español", I.E.A.L. Madrid, 1974.

<sup>3</sup> Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 17 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955. (BOE núms. 191 y 192, de 10 y 11 de julio de 1955)

<sup>4</sup> Texto articulado parcial de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por R.D. 3046/1977, de 6 de octubre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1977)

<sup>5</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985)

---

<sup>1</sup> STANCANELLI, G., "Los consorcios en el Derecho Administrativo", trad. Ximenez de Sandoval, E.N.A.P., 1972.

<sup>2</sup> La figura del consorcio ha merecido en España una escasa atención por parte del legislador y de la doctrina científica. No obstante, son clásicos los estudios de MARTIN MATEO, R. "Los consorcios locales" I.E.A.L., Madrid, 1970 y MARTIN

Cataluña, en la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña de 1987<sup>6</sup>, que configuran estos entes de acuerdo con las características siguientes:

-los consorcios son entidades públicas de carácter asociativo constituidas por los entes locales junto con otras administraciones públicas o entidades privadas sin afán de lucro que tengan finalidades concurrentes de interés público.

-los consorcios tienen naturaleza voluntaria y personalidad jurídica propia para crear y gestionar servicios y actividades de interés local, y sus estatutos han de determinar las especificaciones del régimen orgánico, funcional y financiero de estas entidades.

-los consorcios podrán utilizar cualquiera de las formas de gestión del servicio establecidas por la legislación local (directa o indirecta) y dotarse a estos efectos, si fuese preciso, de organismos instrumentales.

Como se puede observar, además de permitir la participación de entidades privadas sin ánimo lucrativo en los consorcios -lo cual permite ampliar su apoyo económico-financiero y arraigo social-, la vigente normativa local sobre esta figura constituye una simple cobertura formal que admite los Contenidos más variados para que cada consorcio pueda adoptar la organización y el régimen jurídico más adecuado a fin de alcanzar las finalidades pretendidas, atendiendo las peculiares circunstancias que concurren en cada supuesto concreto la especial naturaleza de las entidades consorciadas, el marco de colaboración establecido entre ellas, el particular sector de la actividad en que el consorcio opera, etc.

Esta misma flexibilidad, preservada largamente por el ordenamiento local como principal virtud de los consorcios, es respetada ampliamente por el legislador catalán al incorporar la institución del consorcio al ordenamiento autonómico mediante la Ley de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña de 1989<sup>7</sup>, que en su artículo

<sup>6</sup> Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña. (DOGC núm. 832, de 27 de abril de 1987)

<sup>7</sup> Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Genera-

lo 55 viene a reproducir en términos similares, salvando las particularidades de la esfera de la Administración de que se trata, las previsiones contenidas en el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local de 1986<sup>8</sup> y la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, respecto a esta figura.

Lo mismo sucede con el legislador estatal, que ha importado, mediante la reciente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992<sup>9</sup>, la regulación de los consorcios contenida en el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local de 1986, cosa que permite asegurar el mismo grado de flexibilidad y adaptabilidad que tiene esta institución tanto en la esfera autonómica como en la local.

## II

Desde su restablecimiento en el año 1979 y hasta la actualidad, la *Generalitat de Catalunya*, así como las más variadas administraciones territoriales e institucionales -la Administración del Estado, las entidades locales, las universidades, etc. y un buen número de entidades privadas, generalmente sin ánimo de lucro -fundaciones privadas, asociaciones, mutuas, etc. vienen cooperando, mediante la técnica del consorcio, a hacer realidad proyectos como la gestión del *Gran Teatre del Liceu*<sup>10</sup>, el establecimiento de la *Biblioteca Nacional* y el *Museu Nacional de Catalunya*<sup>11</sup>, la cons-

---

lidad de Cataluña. (DOGC núm. 1234, de 22 de diciembre de 1989)

<sup>8</sup> Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril. (BOE núms. 96 y 97, de 22 y 23 de abril de 1986)

<sup>9</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (ROE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992)

<sup>10</sup> Decreto 285/1980, de 11 de septiembre, sobre constitución del Consorcio del Gran Teatre del Liceu. (DOGC núm. 101, de 17 de febrero de 1980)

<sup>11</sup> Decreto 51/1991, de 4 de marzo, por el cual se aprueban los Estatutos del Patronato del Museu Nacional d'Art de Cataluña. (DOGC núm. 1422, de 22 de marzo de 1991)

trucción del *Circuit de Catalunya*<sup>12</sup>, las actuaciones urbanísticas del *Eix Macia*<sup>13</sup> en Sabadell (Barcelona), la llegada de las aguas del Ebro a Tarragona o, incluso, los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992, por citar algunas de las más satisfactorias de entre las iniciativas impulsadas por los más de cincuenta consorcios de iniciativa autonómica constituidos en los últimos años en este país. Incluso, bajo el amparo de los consorcios, las instituciones públicas y privadas de Cataluña contribuyen sensiblemente a hacer posible iniciativas de aún más alcance, si cabe, como la normalización lingüística, la promoción comercial y el impulso de la presencia catalana en las instituciones de la Europa comunitaria.

Ahora bien, si el consorcio, como instrumento al servicio del consenso entre las instituciones públicas y privadas, ha jugado un papel esencial en el desarrollo del país en los ámbitos de la cultura, la enseñanza y la investigación, el comercio, la industria, el urbanismo, las obras públicas y el deporte, donde esta figura ha alcanzado una mayor trascendencia ha sido, probablemente, en el sector de la sanidad.

Efectivamente, justo se cumplen diez años desde que diversos ayuntamientos de Cataluña y los hospitales emplazados en sus respectivos términos municipales pusieron en marcha un ente consorcial para hacer posible la coordinación de los referidos ayuntamientos y hospitales para la mejora en la prestación de los servicios sanitarios a la población. Dicho ente -el *Consorci Hospitalari de Catalunya*<sup>14</sup> constituye una de las grandes organizaciones representativas de los hospitales del país y, aprovechando la flexibilidad que confiere a los consorcios el ordenamiento local, presta

servicios técnicos profesionalizados a los hospitales que forman parte del mismo a través de diversas entidades instrumentales constituidas en su seno.

Al mismo tiempo, y también a través de la técnica consorcial, la *Generalitat de Catalunya*, conjugando esfuerzos y recursos con los entes locales respectivos y toda una serie de entidades sanitarias, generalmente de naturaleza jurídica privada pero con una marcada vocación de servicio público y un fuerte enraizamiento social, ha afrontado con éxito, en los últimos años, diversos procesos de reordenación asistencial en distintos ámbitos territoriales como Sabadell, Terrassa y Vic (Barcelona). Estos procesos han permitido, a la vez, la puesta en marcha de diversos centros hospitalarios: el *Hospital de Sabadell*<sup>15</sup>, el *Hospital General de Vic*<sup>16</sup> y el *Hospital de Terrassa*<sup>17</sup>, que son fruto de la fusión de diferentes hospitales preexistentes, con un aumento notable de la calidad de la asistencia en estos ámbitos y una optimización importante de los recursos que a ellos se venían destinando.

Del mismo modo, la reordenación de los servicios sanitarios en la ciudad de Barcelona constituye el objetivo de un ente consorcial -el *Consorci Sanitari de Barcelona* creado en el año 1989 por la *Generalitat de Catalunya* y el Ayuntamiento de esta ciudad, que tiene por funciones dirigir y coordinar la gestión de los centros y servicios sanitarios comprendidos dentro del ámbito de la ciudad, optimizando los recursos y planificando sus inversiones para evitar solapamientos y hacer

<sup>12</sup> Decreto 51/1989, de 7 de febrero, de integración de la Generalitat de Cataluña en el Consorci del Circuit de Catalunya y de ratificación de sus Estatutos. (DOGC núm. 1123, de 22 de marzo de 1989). Vid. también Decreto 269/1993, de 26 de octubre, de modificación de diversos artículos de los Estatutos del Consorci del Circuit de Catalunya (DOGC núm. 1820, de 12 de noviembre de 1993)

<sup>13</sup> Orden de 6 de junio de 1989, por la cual se dispone la publicación de los Estatutos del Consorci Urbanístic per al desenvolupament de l'Eix Macia (DOGC núm. 1163, de 3 de julio de 1989)

<sup>14</sup> Decreto 114/1984, de 15 de marzo, por el cual se aprueban los Estatutos del Consorci Hospitalari de Catalunya (DOGC núm. 431, de 4 de mayo de 1984)

<sup>15</sup> Decreto 341/1986, de 13 de octubre, por el cual se crea el Consorci Hospitalari del Parc Tauli y se aprueban sus Estatutos (DOGC núm. 780, de 19 de diciembre de 1986), parcialmente modificados por el Decreto 103/1991, de 7 de mayo (DOGC núm. 1447, de 27 de mayo de 1991).

<sup>16</sup> Decreto 3q2/1986, de 9 de septiembre, por el cual se crea el Consorci Hospitalari de Vic y se aprueban sus Estatutos (DOGC núm. 758, de 27 de octubre de 1986), parcialmente modificados por el Decreto 107/1990, de 3 de mayo (DOGC núm. 1292, de 16 de mayo de 1990)

<sup>17</sup> Decreto 58/1988, de 10 de marzo, por el cual se crea el Consorci Hospitalari de Terrassa y se aprueban sus Estatutos (DOGC núm. 970, de 25 de marzo de 1988) y Decreto 11/1992, de 20 de enero, de modificación de los Estatutos del Consorci Hospitalari de Terrassa, por el cual dicho ente pasa a denominarse Consorci Sanitari de Terrassa (DOGC núm. 1549, de 31 de enero de 1992)

los servicios más eficientes<sup>18</sup>, Este consorcio, que gestiona sus servicios a través de entidades instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia -*Institut Municipal d'Assistència Sanitària* (IMAS), *Institut de Prestacions d'Assistència Medica al Personal Municipal* (PAMEM) y *Fundació de Gestió Sanitària de l'Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*-, integró inicialmente los centros hospitalarios y los servicios de atención primaria de titularidad municipal -Hospitales del Mar y de la *Esperança*, el *Centre Quirúrgic Perecamps*, el *Institut Psiquiàtric*, el *Servei d'Ambulàncies Municipal* (SAMU) y la red de consultorios municipales de la ciudad de Barcelona-, y con posterioridad incorporó el *Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*. En la actualidad, este consorcio presta, además, servicios tan importantes como la coordinación de las urgencias médicas en el ámbito de la ciudad de Barcelona a través del dispositivo 061, y es de esperar que en los próximos años -especialmente si llega a buen término el traspaso de los servicios en materia sanitaria de la *Diputació de Barcelona* a la *Generalitat* se incorporen al *Consorci Sanitari de Barcelona* los restantes centros de la red hospitalaria pública de la ciudad, para coordinar adecuadamente su gestión, preservando las peculiaridades de la cultura organizativa de cada centro.

Más adelante, en el mes de marzo de 1990, el esfuerzo conjunto de la Administración sanitaria de Cataluña, la *Universitat Autònoma de Barcelona*, el *Consorci Hospitalari del Parc Taulí* de Sabadell (Barcelona), el *Consorci Hospitalari de Catalunya* y el *Ajuntament de Sabadell*, bajo el amparo de un ente consorcial, hizo posible la puesta en marcha de la *Unitat de Diagnòstic per la Imatge d'Alta Tecnologia* (UDIAT)<sup>19</sup>, primer centro en Cataluña para el diagnóstico precoz de

las enfermedades, la docencia y la investigación mediante la utilización de técnicas de alta tecnología por la imagen. Dicho centro cubre, hoy por hoy, las necesidades de diagnóstico, por lo que respecta a estas tecnologías, de un buen número de centros hospitalarios del país.

Recientemente, el uso de la técnica consorcial ha permitido iniciar el proceso de integración de los centros hospitalarios de la Cruz Roja dentro del sector público de la sanidad catalana -*Consorci per a la Gestió de l'Hospital de la Creu Roja de l' Hospitalet de Llobregat* (Barcelona), noviembre 1991<sup>20</sup> y ha hecho posible, gracias a la colaboración del *Servei Català de la Salut*, el *Consell Comarcal de la Selva* (Girona) y la *Fundació Hospital Asil de Sant Jaume de Blanes* (Girona), la construcción y puesta en funcionamiento de un nuevo hospital general de referencia para esta comarca, que ha substituido el obsoleto, y a todas luces insuficiente, *Hospital de Sant Jaume de Blanes -Consorci Sanitari de la Selva*, diciembre 1992<sup>21</sup>. Asimismo un ente de naturaleza consorcial -el *Consorci del Laboratori de l'Anoia* (Barcelona), diciembre 1993<sup>22</sup> ha posibilitado los primeros pasos de un proceso de reordenación de los servicios sanitarios en la capital de la mencionada comarca, tan difícil como necesario, que ya está empezando a dar sus frutos.

Finalmente, el pasado mes de enero, el rector de la *Universitat de Barcelona*, junto con el consejero de Sanitat y el comissionat per a *Universitats i Recerca* de la *Generalitat* y el segundo teniente de alcalde del *Ajuntament de Barcelona* sancionaban la constitución del *Institut Universitari de Salut Pública de Catalunya*<sup>23</sup>, viejo deseo de los profesionales de la salud de este país que, después de

<sup>18</sup> Orden de 31 de enero de 1989, por la cual se da publicidad a los Estatutos del *Consorci d'Hospitals de Barcelona* (DOGC núm. 1108, de 17 de febrero de 1989) y Orden de 7 de agosto de 1992, por la cual se da publicidad al Acuerdo del Gobierno de la *Generalitat* de 25 de mayo y de 9 de junio de 1992, por el cual se ratifican los acuerdos de modificación parcial de los Estatutos del *Consorci d'Hospitals de Barcelona* (DOGC núm. 1634, de 19 de agosto de 1992)

<sup>19</sup> Decreto 88/1980, de 20 de marzo, de creación del *Consorci Unitat de Diagnòstic per la Imatge d'Alta Tecnologia*, y aprobación de sus Estatutos (DOGC núm. 1283, de 25 de abril de 1990)

<sup>20</sup> Decreto 240/1991, de 11 de noviembre, por el cual se crea el *Consorci per a la Gestió de l'Hospital de la Creu Roja de l'Hospitalet de Llobregat* y se aprueban sus Estatutos (DOGC núm. 1524, de 29 de noviembre de 1991)

<sup>21</sup> Decreto 312/1992, de 14 de diciembre, de creación del *Consorci Sanitari de la Selva*, y de aprobación de sus Estatutos (DOGC núm. 1688, de 30 de diciembre de 1992)

<sup>22</sup> Decreto 293/1992, de 24 de noviembre, de creación del *Consorci del Laboratori de l'Anoia*, y de aprobación de sus Estatutos (DOGC núm. 1688, de 30 de diciembre de 1992)

<sup>23</sup> Decreto 10/1994, de 11 de enero, por el cual se crea el *Consorci Institut de Salut Pública de Catalunya* (DOGC núm. 1850, de 24 de enero de 1994)

un largo período de gestación, veía la luz merced a un consorcio formado por las tres entidades mencionadas.

### III

En el ámbito de Cataluña, los consorcios sanitarios de iniciativa autonómica se crean por Decreto del Govern de la Generalitat, en virtud de la deslegalización operada por los artículos 55 de la Ley de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña de 1989 y 7.3 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña de 1990<sup>24</sup>.

Con carácter general, los consorcios citados se configuran como entidades jurídico-públicas, de carácter asociativo y naturaleza voluntaria, dotadas de personalidad jurídica plena e independiente de la de sus miembros, con toda la capacidad jurídica de derecho público y derecho privado para la consecución de sus objetivos. De acuerdo con ello, los consorcios se rigen por sus estatutos - que constituyen la auténtica "ley del consorcio" y por los reglamentos internos que regulan la organización, el funcionamiento y la ordenación de sus actividades, sin perjuicio de su sometimiento a aquellas disposiciones legales de carácter general que les son de directa aplicación en las diversas materias. Es precisamente en esa jerarquía de fuentes, unida a la amplitud de soluciones que en orden a la determinación del régimen jurídico de los consorcios sus estatutos pueden adoptar, donde reside la mayor virtud de la institución: su flexibilidad.

Analizados de forma sistemática sus estatutos, éstos son algunos de los aspectos más destacables del régimen jurídico de los consorcios sanitarios creados hasta la fecha.

En lo que respecta a su organización, el gobierno del consorcio, con carácter general, corresponde a una Junta General o Consejo de Gobierno, órgano superior del ente, integrado por un número variable de miembros representantes de las diversas entidades consorciadas, en la proporción que fijan los estatutos. Generalmente, el

---

<sup>24</sup> Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña (DOGC núm. 1324, de 30 de julio de 1990).

Consejero de Sanidad de la Generalitat nombra al Presidente del órgano de gobierno ya la mayoría de sus miembros. El órgano ejecutivo del consorcio suele ser un gerente, nombrado por el órgano de gobierno, y vinculado al ente en virtud de un contrato de trabajo de alta dirección<sup>25</sup>.

Por lo que se refiere al régimen jurídico del personal, se establece con carácter general que la contratación será laboral, sin perjuicio de que las entidades consorciadas puedan adscribir al consorcio personal de su plantilla cualquiera que fuera el régimen de su vinculación: funcionarial o estatutaria. En todo caso, los sistemas de selección y promoción a los puestos de trabajo deben garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la Constitución española.

De acuerdo con sus estatutos, el régimen de contratación del consorcio se somete, en la mayoría de los casos, al derecho privado, si bien la adquisición de bienes y la ejecución de obras habrán de ajustarse a procedimientos basados en los principios de publicidad y libre concurrencia que establece la legislación sobre contratos del Estado<sup>26</sup>.

En materia de régimen financiero, los consorcios sanitarios, de conformidad con sus estatutos, deben someterse a las disposiciones dictadas al respecto por la Generalitat de Cataluña. En concreto, el control financiero de estos entes se realiza mediante la forma de auditoría anual, bajo la dirección de la Intervención General de la Generalitat, que sustituye a la intervención previa o crítica de todos los actos y expedientes, al amparo de lo establecido en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña<sup>27</sup>. Todo ello sin perjuicio del sometimiento de los

---

<sup>25</sup> Real-Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985).

<sup>26</sup> Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1965) y Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (BOE núms. 311 y 312, de 27 y 29 de diciembre de 1975) y modificaciones sucesivas.

<sup>27</sup> Decreto legislativo 91/1994, de 13 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña (DOGC núm. 1926, de 27 de julio de 1994).

consorcios al preceptivo control de su actividad por parte de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña y, en su caso, del Tribunal de Cuentas del Estado.

Por su parte, la contabilidad de los consorcios sanitarios se ajustará a los criterios del plan general de contabilidad del Sector Público de Cataluña adaptado a los centros de asistencia sanitaria (CAS).

Los consorcios sanitarios pueden tener patrimonio propio o adscrito. Frecuentemente no gozan de la titularidad de los bienes muebles o inmuebles con los que desarrollan sus actividades, aún cuando disponen de los mismos en virtud de adscripción, cesión de uso o usufructo, según los casos, otorgados por las entidades consorciadas en los términos que se establecen en la escritura constitutiva del consorcio. .

En lo tocante al régimen de gestión de los servicios, los consorcios sanitarios suelen adoptar la forma de gestión directa, bajo la supervisión del gerente, si bien nada impide, conforme a lo prevenido en los artículos 55 de la Ley de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña de 1989 y 7.2 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña de 1990, que estos entes puedan gestionar sus servicios a través de otras fórmulas y de hecho así ha sido en algunos casos en que se han encomendado las funciones gerenciales a una entidad ajena mediante un contrato de arrendamiento de servicios, o bien la gestión se realiza a través de entidades instrumentales dependientes del propio consorcio, como se ha apuntado anteriormente.

Asimismo, los actos dictados por los consorcios, en tanto que entidades de derecho público, pueden ser impugnados por vía administrativa ante su órgano colegiado de gobierno, de acuerdo con las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 y la Ley de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña de 1989. Se exceptúan los actos dictados por el propio órgano colegiado de gobierno que, por carecer de superior jerárquico, causan estado. En todo caso, el ejercicio de acciones se ajustará a las previsiones contenidas en ambas leyes por lo que

se refiere a las reclamaciones previas a la vía civil y laboral.

#### IV

Como en otros ámbitos, también en la sanidad la utilización de la técnica consorcial responde a un adecuado equilibrio entre imaginación y medida. Imaginación para reordenar servicios, optimizar recursos y gestionar dispositivos asistenciales mediante una fórmula basada en la corresponsabilidad de todas las instituciones implicadas, nunca empleada con anterioridad, a estos efectos, en ninguno de los países de nuestro entorno socioeconómico. Medida y ponderación, porque la elección de esta técnica no ha sido ociosa. Efectivamente, la peculiar estructura del sistema sanitario catalán, en el que los entes locales y las entidades de naturaleza jurídica privada fundaciones, mutuas, etc.-, especialmente, tienen un peso específico muy importante, y la necesidad de coordinar esfuerzos para hacer frente al sostenimiento de los servicios sanitarios de financiación pública en una situación de acusada insuficiencia de recursos económicos, unidas al carácter anti-formalista de los consorcios y su adaptabilidad a las particulares exigencias de cada caso, propiciaban la utilización de la técnica consorcial a los efectos de asegurar, en ocasiones, la continuidad en la prestación de la asistencia sanitaria pública y de mejorar, en otras, la infraestructura del dispositivo sanitario y la calidad de los servicios prestados a la población. Además, el consorcio, en tanto que mecanismo coordinado de actuación de competencias de gestión de servicios sanitarios, había de facilitar un proceso de reordenación asistencial, del todo imprescindible a fin de alcanzar un punto de consenso que permitiera implantar un modelo sanitario más ajustado a las necesidades de los ciudadanos de Cataluña.

Los resultados no se han hecho esperar: reordenación asistencial, optimización del gasto, puesta en marcha de nuevos servicios y aumento de la calidad asistencial son las metas con las que se saldan las experiencias consorciales impulsadas hasta el momento.

Sin duda, la voluntad política de consenso que subyace en todos los consorcios, reafirmada en el transcurso del tiempo, la valía de los equipos



directivos que han estado a su frente y el apoyo de los profesionales que prestan sus servicios en los mismos, son factores determinantes del éxito de estas experiencias. Sin embargo, no escapa a nadie que, junto con los factores señalados, el éxito de los consorcios sanitarios en Cataluña radica, en buena medida, en la idoneidad de la fórmula empleada que, aprovechando su carácter antiformalista como consecuencia de la falta de una regulación general de esta figura, ha permitido la introducción de instrumentos de gestión empresarial en los servicios sanitarios públicos y la consolidación de un modelo alternativo de gestión de estos servicios.

Así, desde un punto de vista organizativo, los consorcios han supuesto la implantación de auténticos *consejos de administración* en la gestión de los servicios sanitarios de utilización pública, que han llegado a doblegar el modelo gerencialista imperante en su día en la casi totalidad de los centros asistenciales. También, de la mano de los consorcios, el modelo de organización matricial está dando paso a un modelo de gestión participativo donde el marco conceptual, el plan director y los programas de actuación son elaborados por los propios profesionales asistenciales y sancionados por los órganos de gobierno en una estrecha simbiosis. El modelo burocrático de organización de los servicios sanitarios está evolucionando, mediante la técnica consorcial, hacia un patrón de organización y gestión integral en el que los profesionales del sistema sanitario, así como los clientes, han alcanzado todo el protagonismo.

Por lo que respecta a la política de recursos humanos, los consorcios posibilitaron en su día la puesta en funcionamiento de servicios sanitarios públicos mediante la contratación en régimen laboral de los profesionales, en muchos casos en base a la subrogación en la posición jurídica que ostentaban las entidades consorciadas en relación con sus trabajadores, sin que fuera preciso ampliar los colectivos de personal estatutario de la Seguridad Social en Cataluña, cuyo número de efectivos -unas 35.000 personas los hacía difícilmente gestionables, amén de las dificultades añadidas por un régimen jurídico preconstitucional y anacrónico. Asimismo, los consorcios han supuesto un auténtico revulsivo en el ámbito de las relaciones humanas en el sistema sanitario hasta el punto de

que es en el seno de estas entidades donde están emergiendo estrategias sindicales de corte europeo basadas, no en la confrontación sistemática con la empresa, sino en la búsqueda de una corresponsabilidad en el funcionamiento de los centros como garantía de eficacia, eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sanitarios a la población.

Finalmente, la utilización de la técnica consorcial ha permitido, en todos los supuestos, restablecer el equilibrio económico y financiero en la gestión de los centros sanitarios, antes deficitarios en muchos casos. Ello ha sido posible gracias a la férrea voluntad de los responsables políticos, al esfuerzo de los equipos directivos y al apoyo y la colaboración de todos los profesionales, así como también ha contribuido a ello el antiformalismo de la figura jurídica, que ha posibilitado la utilización de mecanismos y procedimientos más flexibles tanto por lo que se refiere a la selección y promoción de los profesionales, como a la contratación de obras, servicios y suministros, todo ello sin perjuicio de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y concurrencia que inspiran el funcionamiento de las entidades de derecho público.

Hoy por hoy, el consorcio es el instrumento a través del cual se gestionan de forma plenamente satisfactoria casi una cuarta parte de las camas hospitalarias de enfermos agudos en Cataluña: unas 3.270 camas, con unos recursos aproximados de 60.000 millones de pesetas. Asimismo, mediante esta técnica se gestionan diversos centros de atención primaria del país, si bien su utilidad, por las razones expuestas, va mucho más allá, no sólo porque como modelo alternativo de gestión de servicios sanitarios públicos inspiró en su momento la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña de 1990, sino también por la capacidad de evolucionar y de adaptarse a las exigencias de la coyuntura y del entorno de que goza esta institución, que viene dada, en buena medida, por la creatividad y la voluntad colectiva de alcanzar nuevas metas y afrontar nuevos retos que suele comportar un proceso de fusión saldado satisfactoriamente, y por la flexibilidad del régimen jurídico de la figura que le permite ajustarse a unos objetivos y una realidad cambiantes.

Ello no obstante, no es que la fórmula consorcial haya sido la solución a todos los problemas de la sanidad catalana, ni tan siquiera quizás sea ésta la mejor fórmula para la gestión de los servicios sanitarios públicos en el marco de un proceso de cambio como el que estamos viviendo -otras figuras como las empresas públicas se emplean al amparo de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña de 1990 con unos resultados muy satisfactorios-, pero es indiscutible que la utilización de la figura del consorcio, gracias a su naturaleza asociativa ya la versatilidad de su régimen jurídico, ha permitido afrontar muchos de los retos de la sanidad en este país sobre la base del compromiso de las fuerzas políticas y la suma de esfuerzos de todos los sectores e instituciones implicados, y es que la legislación vigente instituye esta figura

como una simple cobertura formal que admite los contenidos más variados para que cada consorcio pueda adoptar la organización y el régimen jurídico y de funcionamiento más adecuados, atendiendo a las peculiares circunstancias que concurren en cada supuesto concreto -la especial naturaleza de las entidades consorciadas, el marco de colaboración establecido entre ellas, el particular sector de la actividad de que se trata y los condicionantes políticos, económicos y técnicos que en él inciden, etc. Ello explica, sin duda, la idoneidad de la figura del consorcio para instrumentar el compromiso político de las instituciones, cualquiera que sea su naturaleza, en aras a la consecución de finalidades de elevado interés social, sea en el ámbito de la sanidad o en cualquiera de los restantes sectores de la actividad pública.