

JURISPRUDENCIA E INFORMES

*Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**
Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de Instituciones Sanitarias
Secretaría General. Servicio de Salud de Castilla – La Mancha.*

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 1 DE JULIO DE 2010. PRECIOS PÚBLICOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELABORACIÓN DE DISPOSICIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER GENERAL

Se interpone recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 78/2008 por el que se aprueban los precios públicos por actos asistenciales y servicios sanitarios prestados por la gerencia Regional de Castilla y León a pacientes no beneficiarios de la Seguridad Social. Dicha impugnación descansa sobre tres argumentos:

- a) vulneración de los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa.
- b) la cuantía de los precios públicos se ha determinado de forma contraria a las previsiones de la Ley General de Sanidad.
- c) vulneración del procedimiento legalmente establecido por falta de audiencia a las entidades aseguradoras.

La primera de las alegaciones no puede sostenerse ya que no podemos entender aplicable la reserva de ley del artículo 31.3 de la CE por la sencilla razón de que los precios públicos que instaura esta norma reglamentaria no participan de la naturaleza de “*prestaciones patrimoniales de carácter público*”. El Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia 185/1995, que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público, y “*en el supuesto enjuiciado ni hay duda de que los servicios o actividades que se discuten no solo no son coactivamente impuestos sino que también son realizados o prestados por el sector privado...*”.

Tampoco prospera la alegación de que no se han respetado los trámites procedimentales previstos por el Ordenamiento Jurídico para la elaboración y aprobación de disposiciones administrativas de carácter general, en concreto el procedimiento regulado en la Ley 50/1997, aplicable con carácter supletorio en la comunidad autónoma de Castilla y León.

El trámite de audiencia previsto en el art. 24 de la citada ley estatal lo es respecto de los ciudadanos que vean sus derechos e intereses legítimos afectados, bien directamente, bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas, sin que ASISA merezca la consideración de organización y asociación y menos que represente a sus asegurados.

La aprobación de un cuadro de precios públicos por prestación de asistencia sanitaria a terceros obligados al pago, permite prescindir de las reglas del derecho civil que disciplinan el ejercicio de la acción de resarcimiento reconocida a favor de los Servicios de Salud por el artículo 83 de la LGS, artículo 127.3 del TRLGSS, y el anexo IX del RD 1030/2006, de 15 de septiembre de 2006, y en su lugar, aprovechar el régimen de prerrogativas y exorbitancias que tiene reconocidas la Administración Pública.

Ahora bien, y en relación con la cuestión de la naturaleza jurídica de este tipo de ingresos, ha existido una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Primera del TS -**Sentencias de 5 de mayo y 21 de septiembre de 1988, 30 de enero de 1990 y 30 de julio de 1991**- que consideraba que cuando el INSALUD – léase ahora Servicio de Salud- realiza una actividad médico-sanitaria a un particular, no actúa en el ejercicio de su “*imperium*” ni realizando una actividad de servicio público, sino como empresario obligado a lograr la curación del enfermo, por lo que se deberían incardinar este tipo de cuestiones en el seno de las relaciones jurídico privadas a los efectos de reclamar las oportunas prestaciones recíprocas (**STS 27/02/1995**).

2.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2010. EXTENSIÓN DE LA PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA

El origen de la cuestión litigiosa se encuentra en la desestimación por la Administración sanitaria de la solicitud de reembolso de gastos por la adquisición de los elementos imprescindibles para el funcionamiento de un implante coclear. La negativa de la Administración se fundamenta en que el catálogo de prestaciones sanitarias constituye un listado cerrado, y que si bien los implantes cocleares están incluidos como prótesis quirúrgicas fijas, no sucede en cambio lo mismo con los componentes y repuestos.

La Sala no comparte el criterio de la Administración, al menos en lo que relativo a la prestación ortoprotésica, ya que realiza una interpretación amplia del art. 108 de la LGSS de 1974 (aún en vigor con carácter transitorio) y que dispone que *“la Seguridad Social facilitará en todo caso, las prótesis...así como su oportuna renovación”*. Conforme al parecer del TSJ, no podemos diferenciar ese tipo de prótesis de los elementos o accesorios necesarios para su funcionamiento, pero es que además entenderlo de forma contraria pugnaría con la finalidad propia de este tipo de prestación sanitaria, pues para lograr su objetivo -sustituir una estructura corporal o corregir/facilitar su función- la prestación ortoprotésica deberá alcanzar necesariamente los elementos accesorios para su satisfacción.

En cualquier caso, hoy día no se podría denegar por la Administración una petición de similares características ya que la Orden de 28 de mayo de 2010 ha incluido dentro de la cartera de prestaciones, *“la renovación de los componentes externos: procesador externo, micrófono y antena”*.

3.- SENTENCIA DEL TSJ DE CANTABRIA, DE 4 DE OCTUBRE DE 2010. ASUNCIÓN DE TÉCNICAS SANITARIAS AVANZADAS POR LOS SERVICIOS DE SALUD

Paciente, con antecedentes familiares de cáncer de próstata, al que se le practica una biopsia que da resultado positivo. Se le comunica por el Servicio de Salud la posibilidad de practicar la intervención a través de la técnica del robot Da Vinci, no disponible en la Comunidad Autónoma de Cantabria pero sí en cambio en el Hospital San Carlos de Madrid. Sin embargo poco tiempo después se le comunica la imposibilidad de emplear la referida técnica, y el paciente sin solicitar autorización alguna, acude a un centro sanitario privado donde es intervenido mediante el empleo del referido robot.

Es criterio jurisprudencial consolidado que la cobertura del sistema no es plena ya que quedan excluidas técnicas que sólo son accesibles y disponibles más allá de nuestras fronteras, en países más avanzados que posean un nivel científico y un desarrollo técnico superior, pero no aquellas otras técnicas que están disponibles en nuestro país aunque se dispensen en clínicas privadas, siempre que se trate de técnicas cuya utilización haya sido aprobada por la Administración (STS de 20 de diciembre de 2001), sin que tampoco pueda entenderse que concurre dicha obligación por parte de la Administración cuando se trata de servicios de un especial facultativo o centro sanitario solo accesibles a algunos y no a todo el colectivo al que extiende su protección el sistema sanitario público (STS de 31 de octubre de 1988).

En el caso de autos, la técnica en cuestión estaba disponible en el Hospital Clínico San Carlos y en la red sanitaria privada. El problema fundamental surge por el abandono voluntario por el paciente de los recursos proporcionados por el Sistema Nacional de Salud acudiendo a un centro hospitalario privado por su propia voluntad, sin ser autorizado para ello y sin que constase la necesidad o la oportunidad de dicha intervención.

Como dice la Sala *“aún resultando humanamente comprensible la decisión del actor de acudir a la medicina privada, lo cierto es que no procede acceder a su pretensión de reembolso de gastos, al haber optado por la medicina privada sin dar a la Entidad demandada margen para evaluar su situación”*.

Como dice la Sala *“aún resultando humanamente comprensible la decisión del actor de acudir a la medicina privada, lo cierto es que no procede acceder a su pretensión de reembolso de gastos, al haber optado por la medicina privada sin dar a la Entidad demandada margen para evaluar su situación”*.

4.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE JUNIO DE 2011. COMPENSACIÓN ECONÓMICA A LA COMUNIDAD DE MADRID POR SU COLABORACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La Comunidad de Madrid reclama una compensación económica que asciende a 149 millones de euros en concepto de prestación de asistencia sanitaria (contingencias comunes) como entidad colaboradora en la gestión de la SS (art. 77.1.b) de la LGSS) a través de la Unidad de Prestaciones Asistenciales durante el período comprendido entre 2004 y 2008.

La Ley 2/2008 ha suprimido el mencionado precepto legal, y por tanto la posibilidad de que se puedan articular nuevas relaciones de colaboración voluntaria en la gestión de la prestación sanitaria con la Administración de la Seguridad Social, pero ¿qué sucede respecto de las relaciones ya existentes?.

¿Se puede entender, como hace el Abogado del Estado, que una vez culminado el proceso de separación de las fuentes de financiación del S. De SS en 1999, desaparece la eficacia de este artículos, y por consiguiente de la modalidad de colaboración voluntaria? Ley 2/2008 ha suprimido el mencionado precepto legal, y por tanto la posibilidad de que se puedan articular nuevas relaciones de colaboración voluntaria en la gestión de la prestación sanitaria con la Administración de la Seguridad Social.

El juego de las Disposiciones Transitorias (En primer lugar la Disposición Transitoria 6ª de la ley 66/1997, y después de la DTª Cuarta de la Ley 2/2008), permiten entender que la colaboración interadministrativa mantenida durante esos cuatro años encontraría amparo en las referidas disposiciones, amén de la relativización de la afirmación realizada por el Abogado del Estado, ya que, refiriéndose a las mentadas disposiciones transitorias, *“no puede significar que se hubiera producido la extinción del régimen de colaboración, ya que la ausencia de término expreso de finalización en la norma legal exige, por tanto, un acto expreso debidamente notificado a la empresa colaboradora”*.

5.- SENTENCIA DEL TSJ DE LA RIOJA DE 4 DE MAYO DE 2011. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE MEDICAMENTOS

Se impugna la Resolución dictada por la Consejería de Salud de La Rioja por la que se acuerda que la dispensación de determinados medicamentos se lleve a cabo exclusivamente en los Servicios de Farmacia Hospitalaria, estableciéndose que la prescripción de tales medicamentos corresponde exclusivamente a los médicos adscritos a los servicios de atención especializada del Sistema Público de Salud de la Rioja.

En cambio, las recetas médicas oficiales de otros servicios de salud para pacientes desplazados continuarán dispensándose en las oficinas de farmacia.

No se discute la bondad de la medida, el contenido dispositivo de la resolución cuestionada, sino la falta

de competencia del Consejero para aprobar una medida de semejante calado.

¿Estamos ante una materia que es competencia del Estado, o por el contrario cabe entender que la gestión de la prestación farmacéutica quedó incluida dentro de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma a raíz del traspaso de las funciones y servicios del INSALUD?.

Si analizamos el contenido del Real Decreto de traspaso de las funciones y servicios del INSALUD, se aprecia que en el mismo se indica que entre las competencias que permanecen en el ámbito de la titularidad estatal se encuentran todas las actuaciones previstas en el artículo 40 de la Ley General de Sanidad, como *“la reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario (...) La reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos mencionados en el número anterior...”*.

Por otra parte, la Sala recuerda que entre las competencias que tenía el ya desaparecido INSALUD, no figuraban las funciones normativas, sino ejecutivas y de gestión y administración.

La Constitución en sus artículos 149.1.1 y 149.1.16, la Ley 29/2006, de 26 de julio en su artículo 24.2, y el nuevo apartado 4 en el artículo 2 del Real Decreto 618/2007, de 11 de mayo, introducido por el Real Decreto-Ley 4/2010, de 26 de marzo, dejan patente que este tipo de decisiones solo pueden ser adoptadas por el Ministerio de Sanidad, que es el que *“podrá acordar el establecimiento de reservas singulares en el ámbito del Sistema Nacional de la Salud, consistente en limitar su dispensación, sin necesidad de visado, a los pacientes no hospitalizados, en los Servicios de Farmacia de los Hospitales”*.

6.- SENTENCIA DEL TS DE 7 DE ABRIL DE 2011. TERAPIAS NATURALES

Hagamos memoria y retrocedamos en el tiempo a la **STSJ de Cataluña de 4 de junio de 2009** que anulaba el Decreto por el que se regulan las condiciones para el ejercicio de determinadas terapias naturales, y ello por entender que la normativa estatal establece que las actividades sanitarias sólo pueden ser ejercitadas por profesionales sanitarios y en los establecimientos sanitarios reconocidos por lo que

no procede admitir el Decreto catalán ya que éste lo que hace es reconocer el ejercicio de actividades materialmente sanitarias a profesionales no sanitarios y en establecimientos no sanitarios.

El voto particular de la sentencia establecía que:

a) Este Decreto no regula título académico o profesional sino un título administrativo para ejercer un oficio. Hasta aquí, de acuerdo.

b) Estamos en materia sanitaria, aunque en el voto particular discrepan de que la legislación básica sea la referida por la sentencia ya que entienden que no hay absolutamente nada al respecto, y sin que se puedan deducir tales bases de la normativa invocada por el TSJ, ya que la actividad que se regula no se puede considerar estrictamente como sanitaria.

c) El propio Tribunal Supremo ya dijo en relación con este reglamento estatal que lo que éste regula al contemplar la creación de unidades no convencionales es *“el ejercicio terapéutico por medios no convencionales atribuyendo a un profesional licenciado en medicina la responsabilidad de la corrección del tratamiento empleado, sin alterar ni suponer titulaciones o capacidades para el ejercicio de esa terapia no convencional...”*.

Poco éxito tuvieron los magistrados discrepantes, tanto antes como ahora, una vez que conocemos el criterio del T. Supremo exteriorizado a través de la **STS de 7 de abril de 2011**, y que reproduce en esencia los mismos argumentos que los empleados por el TSJ para confirmar la nulidad del decreto autonómico, a saber:

a) Que las terapias naturales tienen la misma naturaleza que una actividad sanitaria.

b) Que como tales, deben quedar integradas en el sistema sanitario.

c) Que la regulación que se haga de tales terapias debe serlo en el ámbito de la legislación básica del Estado, en la que se integra el RD 1277/2003.

d) Conforme al citado reglamento, el ejercicio de tales actividades debe realizarse bajo la vigilancia y el control de personal sanitario y en instalaciones que tengan la consideración de centros sanitarios.

REINTEGRO DE GASTOS

1.- SENTENCIA DEL TJUE DE 27 DE OCTUBRE DE 2011.

Planteamiento

Sentencia dictada a resultas del recurso interpuesto por la Comisión contra la República de Portugal por la falta de regulación del reembolso de los gastos médicos no hospitalarios, y el incumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 49 de la CE.

La cuestión principal reside en determinar si la legislación portuguesa satisface o no las exigencias en materia de reembolso de gastos médicos por asistencia sanitaria no hospitalaria prestada en el territorio de otro Estado miembro, que derivan del artículo 40 del TUE.

En concreto el TJUE analiza dos modalidades de atención sanitaria no hospitalaria conforme a las previsiones contenidas en la legislación de nuestro país vecino:

a) La asistencia no hospitalaria altamente especializada, que se supedita a la obtención de una triple autorización administrativa.

b) La asistencia no hospitalaria, para la que el Derecho portugués no prevé posibilidad alguna de reembolso, salvo en las circunstancias previstas en el Reglamento nº 1408/71.

Inaplicación del art. 49

La primera de las alegaciones realizadas por la República Portuguesa, negar la aplicación del artículo 49 del TUE en materia de asistencia sanitaria transfronteriza, es rechazada sin mayor problema por el Tribunal comunitario pues *“una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 de la CE porque el paciente solicite a un servicio de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido”*.

Al hilo de esta primera alegación, aprovecho la ocasión para advertir de las dos posibles vías a través de las cuales cabría canalizar el debate sobre la asistencia sanitaria transfronteriza: el art. 49 del TUE, que encuentra su correlato normativo en la Directiva 2011/24 –de la que por cierto no encontramos mención alguna en la sentencia objeto de comentario- y

los Reglamentos comunitarios en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social.

En este caso, el debate se ha planteado en los términos del art. 49 de la CE, que se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difíciles las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro.

Alegaciones

Respecto de la primera modalidad de asistencia no hospitalaria, la triple autorización previa que contempla el derecho portugués para la obtención del reembolso de gastos –informe médico detallado favorable elaborado por el médico que asiste al paciente, la aprobación de ese informe por el director médico, y la decisión favorable del Director General de hospitales- constituye un factor disuasorio para la asistencia sanitaria transfronteriza, sin que quepa aceptar el argumento de que este procedimiento es comparable al establecido en el país para la remisión del paciente a un médico especialista.

Motivo: el acceso a la asistencia especializada en el territorio nacional depende tan solo de una certificación de su necesidad clínica y no de una triple autorización.

Idéntico destino le depara al segundo de los alegatos en defensa del Derecho portugués, el de traer a colación el famoso art. 22 del Reglamento comunitario 1408/71, que sí que exige el requisito de la autorización previa para que el paciente pueda desplazarse al territorio de otro Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria.

Motivo: el artículo 22 citado no tiene por objeto la regulación de los gastos producidos con motivo de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro, y por tanto, no impide en modo alguno el reembolso de los gastos por parte de los Estados miembros.

Tercer alegato: el mantenimiento del equilibrio financiero del sistema de seguridad social. La exigencia del requisito de la autorización previa basada en este argumento es admitida por el TJUE para casos determinados como son la asistencia sanitaria hospitalaria o en el caso de la asistencia médica que, aunque pueda prestarse fuera de un ámbito hospitalario, necesite la utilización de equipos materiales pesados y onerosos.

Sin embargo, en lo que atañe a la asistencia sanitaria no hospitalaria que no requiere de la utilización de “equipos pesados y onerosos”, no parece que se pueda justificar la implantación de este requisito fundado en este mismo tipo de razones, pues como dice el TJUE “*no resulta que la supresión de la exigencia de autorización previa para este tipo de asistencia pueda provocar, a pesar de las barreras lingüísticas, la distancia geográfica y los gastos de estancia en el extranjero, desplazamientos transfronterizos de pacientes de tal importancia que resultara gravemente perturbado el equilibrio financiero del sistema de seguridad social portugués*”.

Los otros argumentos invocados por el Estado luso también se ven avocados igualmente al fracaso- la alegación de que la exigencia de la autorización previa es necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones recibidas, y el argumento basado en las características esenciales del Sistema Nacional de Salud portugués- por lo que cabe concluir que “*La República portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 49 CE, al subordinar en el Decreto-Ley 177/92 a la concesión de una autorización previa el reembolso de los gastos realizados en otro Estado miembro por la asistencia no hospitalaria altamente especializada que no requiere de equipos y materiales pesados y onerosos*”.

Asistencia Sanitaria no hospitalaria

Pero, ¿qué sucede con la asistencia no hospitalaria distinta de la anterior? Pues que sencillamente la legislación portuguesa no establece ningún tipo de posibilidad de reembolso de gastos, “*la consulta de un médico de atención primaria o de un dentista, no está prevista en forma alguna*”.

Como ya he dejado apuntado, la sentencia no realiza ninguna referencia a la Directiva 2011/24 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, cuando dicha directiva sí que aborda esta cuestión relativa a la procedencia del requisito de la autorización previa para los desplazamientos de pacientes en su art 8.

El citado art. 8 de la Directiva establece que el requisito de la autorización será imprescindible cuando la asistencia sanitaria:

a) requiera necesidades de programación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Esta-

do miembro interesado, o el deseo de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos y i) suponga que el paciente tendrá que pernoctar en el hospital al menos una noche o ii) exija el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos.

b) entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población.

c) sea prestada por un prestador de asistencia sanitaria que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados, a excepción de la asistencia sanitaria sujeta a la legislación de la Unión que garantiza un nivel mínimo de seguridad y calidad en toda la Unión.

PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DEL TS DE 18 DE OCTUBRE DE 2011.

La Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física impugna la Orden de 3 de julio de 2008, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión de Fisioterapeuta.

El recurso fue desestimado por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, sentencia que la mencionada asociación recurre en casación solicitando que se declare la nulidad de la Orden ya que atribuye a los fisioterapeutas unos cometidos propios de los médicos, como sería el caso del “*conocimiento de la patología*”, “*valoración diagnóstica de cuidados de fisioterapia*”, “*elaborar el informe de alta de los cuidados de fisioterapia*”...

El quid de la cuestión radica en la distinción entre lo que es “*titulación académica*” y lo que significa “*profesión*”, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias anteriores “*el mero hecho de que los planes de estudio recojan las condiciones que habiliten para el ejercicio de una profesión, no se deduce que se regule el ejercicio profesional de la misma, ni que trate de regular el ejercicio de una profesión*”.

A partir de esta premisa, y teniendo presente el prin-

cipio transversal de la LOPS que impregna el ejercicio de las profesiones sanitarias, a saber la conservación, mantenimiento y restablecimiento de la salud de las personas, resulta impensable que los fisioterapeutas no puedan adquirir las competencias precisas para prestar los cuidados propios de su disciplina, y entenderlo del modo que plantea la Asociación médica supondría, según nuestro Alto Tribunal, compartimentalizar las funciones de los distintos profesionales sanitarios y, a la larga, la desintegración del proceso asistencial entre cada uno de los distintos profesionales, todo lo contrario a lo que debe ser una asistencia sanitaria integral.

En definitiva, una cosa es regular las funciones propias de cada profesión y atribuirse funciones específicas reservadas a otras profesiones, y otra bien distinta fijar los conocimientos que deben adquirir los fisioterapeutas con el fin de adquirir la capacitación necesaria para el ejercicio de su profesión.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1.- PROCEDIMIENTO SANCIONADOR AEPD Nº PS/00353/2010

La Agencia Española de Protección de Datos entra a conocer, a raíz de la denuncia presentada por una paciente, de la supuesta falta de medidas de seguridad, exigidas por el RD 1720/2007, para el envío de información personal de carácter sanitario.

En el caso en cuestión, la denunciante acudió a un centro de angiología y cirugía vascular como paciente asegurado por una compañía de seguros, y tras la realización de una prueba médica se estimó la necesidad de practicar una intervención quirúrgica, siendo preciso para ello, enviar a la compañía un informe médico en el que se acreditase la necesidad de dicha intervención.

El problema se plantea cuando se advierte que la remisión de los datos médicos de la interesada se efectuó por medio de un fax no encriptado. Como dice la AEPD “*No hay duda de que el informe remitido a la compañía aseguradora contenía datos personales relativos a la salud de la denunciante y que se envió por medio de fax. Este procedimiento no permite garantizar que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros, tal como expresa el artículo 104 del Reglamento de la LOPD, lo que lleva a la conclusión de que las medidas de seguridad no evitaban el acceso de personas no autorizadas a los datos*

de carácter personal relacionados con la salud”.

2.- SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2011 DE LA AN

Los hechos acaecidos en el presente caso tienen lugar el 12 de Septiembre del 2008, cuando la Agencia tuvo conocimiento del hallazgo en vía pública de envases con biopsias médicas. Concretamente el vertido encontrado en la vía pública constaba de tres bolsas en las que se encontraban un total de 41 botes de plástico, con sus respectivas etiquetas en las que aparecía información relativa al número de Historia Clínica; Nombre y apellidos del paciente; Sociedad Médica o facultativo; Tipo de tejido e incluso diagnóstico.

La Agencia Española de Protección de Datos, inició expediente sancionador que dio lugar a una sanción para el dueño de la Clínica por importe de 60.101,21€; contra dicha sanción se interpuso recurso por el afectado y que fue desestimado por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN.

El dueño de la clínica sancionada reconoció que los restos encontrados procedían de su consulta y que estos se encontraron en la basura por un error padecido por la persona que desempeñaba tareas de limpieza en la basura. La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional entiende adecuada la sanción interpuesta por la Agencia ya que al tratarse el presente caso de botes con muestras orgánicas relativas a pacientes resulta de aplicación el artículo 17.5 y 6 de la ley 41/2002 sobre derechos del paciente que establecen que “5. *Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen* 6. *Son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y en general, por la LOPD.*

Igualmente nos recuerda la presente resolución que el concepto de “dato de salud” recogido en el art. 5.1 del Reglamento de la LOPD resulta aplicable al caso presente, y en relación a la infracción imputada al recurrente, también el artículo 10 de la LOPD al establecer que “*El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun*

después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”, siendo notorio en el presente caso que se produjo la divulgación imputada ya que los datos médicos estuvieron a disposición de quien los localizó, la mujer de la limpieza, quién extrajo los frascos con datos médicos del contenedor de basuras en que fueron posteriormente localizados por la policía.

Sin embargo, la afirmación realizada de considerar que los “*botes con muestras orgánicas relativas a pacientes, claramente es documentación clínica*”, no lo llegó a compartir, y en este punto cabría traer a colación la **sentencia del TSJ de Cantabria de 16 de mayo de 2001** – aunque sea anterior a la Ley 41/2002-.

En este último caso se trataba de una paciente a la que se realizan varias biopsias. Solicita del Hospital que se le haga entrega de las preparaciones histológicas de las biopsias. El juzgado reconoció este derecho fundándolo en el derecho de información clínica del paciente en el derecho a estar informado de su historia clínica, lo que comprende la entrega de las pruebas histológicas.

El Tribunal analiza el contenido de este derecho de información desde la regulación recogida en el ya veterano artículo 10 de la Ley General de Sanidad, para llegar a la conclusión que el derecho de acceso a la HC no comporta en modo alguno que pueda servir de fundamento para una petición de estas características por tratarse de conceptos que responden a realidades completamente distintas. Si se quiere estar informado, lo que sí se debería solicitar y entregar es el informe anatómopatológico en el que se recogen las conclusiones diagnósticas, pero no los fragmentos de tejidos.

3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 2011. SALA DE LO SOCIAL. DERECHO A LA INTIMIDAD Y USO DE INTERNET EN EL TRABAJO PARA FINES PARTICULARES

Empresa que realiza una auditoría interna con el propósito de revisar la seguridad del sistema y la correcta utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores. Como resultado de esta inspección se constató que el demandante había accedido reiteradamente a páginas de contenidos no profesionales durante su jornada laboral. Por esta razón fue despedido por motivos disciplinarios (artículo

lo 54.2.d) TRET))

Según la doctrina del TS contenida en esta sentencia, que invoca a su vez la doctrina de la Sentencia de 26 de septiembre de 2007, el control de los medios informáticos por parte del empresario debe observar los siguientes requisitos:

1. La empresa debe establecer previamente las reglas de uso de estos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales).
2. Se debe informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios y medidas que van de adoptarse para garantizar la efectiva utilización laboral. Ello sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de ciertas conexiones.
3. Asimismo el Tribunal establece de forma implícita que debe tratarse de controles generalizados y no dirigidos a uno o varios trabajadores en concreto.

Pero además de estas cautelas, resulta de interés destacar igualmente **la importancia de no vulnerar el derecho fundamental a la intimidad del trabajador**, y en este sentido el Supremo nos recuerda que *“comunicaciones telefónicas y el correo electrónico están incluidos en este ámbito con la protección adicional que deriva de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador. La aplicación de la garantía podría ser más discutible en el presente caso, pues no se trata de comunicaciones, ni de archivos personales, sino de los denominados archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la “navegación” en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad (...) Así lo establece la sentencia de 3-4-2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señala que están incluidos en la protección del art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos “la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet” y es que esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología,*

orientación sexual, aficiones personales, etc.).

Así pues, el T.S. desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa demandada contra sentencia que declaró la improcedencia del despido disciplinario del trabajador accionante basado en utilización indebida de Internet, por no respetar los límites antes referidos, pues *“constan todas y cada una de las concretas “visitas” efectuadas a Internet, tal como se indica en la propia carta de despido. Es decir, no se hace referencia genéricamente a tiempos y páginas visitadas por el trabajador, sino también al dominio y contenido de las mismas : páginas de contenido multimedia (vídeos); Web de piratería informática; Webs de anuncios clasificados para particulares; Web de acceso a televisión por Internet; Acceso a correo personal; Web de consulta para temas relacionados con el sexo femenino; etc; lo que sin duda supone una vulneración de su derecho a la intimidad conforme y en los términos de la doctrina a que se ha hecho referencia.*

La Resolución R/02615/2010 de la Agencia Española de Protección de Datos, de 30 de diciembre, también se pronuncia en términos similares en el procedimiento sancionador que trae causa del despido disciplinario del trabajador motivado por el abuso de su utilización no profesional de Internet desde el ordenador de la empresa.

La AEPD concluyó que la información relativa al historial de accesos a Internet asociada a una persona identificada o identificable, que permite la evaluación de la misma y repercute en sus derechos e intereses, da lugar a la consideración de dicha información como dato personal -coincidencia con el Tribunal Supremo, si bien éste incluye esta información como parte del contenido del derecho fundamental a la intimidad-.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 18 DE JULIO DE 2011

¿Es lícito incluir en el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de suministros cuyo objeto consiste en el *“suministro de material necesario para la realización de técnicas analíticas de BIOQUÍMICA”*, un criterio de adjudicación en el que se valora con un 5% la Investigación, el desarrollo y la innovación-I+D+I-?

El Complejo Hospitalario de Albacete no apreció obstáculo alguno para la inclusión de semejante criterio de adjudicación, a diferencia del TSJ que critica semejante proceder, pues *“es evidente que el criterio de adjudicación recurrido nada tiene que ver con el objeto del contrato, pues siendo éste el suministro de material necesario para las técnicas analíticas de Bioquímica y en su caso el arrendamiento de los instrumentos o dispositivos para la realización de dichas técnicas, el criterio de I+D+I no se refiere a las características o condiciones propias de los bienes y prestaciones objeto de suministro, sino que lo que valora son mejoras ajenas a dicho objeto...”*.

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

1.- SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 16 DE FEBRERO Y 5 DE MAYO DE 2011. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA A MUTUALISTAS EN CENTROS PRIVADOS CONCERTADOS

¿Tiene la Administración del Estado obligación de responder por una supuesta mala praxis médica cuando la asistencia sanitaria prestada al paciente lo ha sido por una entidad privada libremente escogida por el mutualista (ya sea, MUFACE, MUGEJU ISFAS)?.

¿Podemos dar por válidos los argumentos de la Administración de que no procede exigir responsabilidad patrimonial alguna ya que en estos casos ninguna de las entidades mutualistas presta ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que es la propia entidad concertada elegida libremente por el mutualista la que lo ha prestado?.

¿O por el contrario, cabría entender que conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, por la que se viene a sujetar la revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera unitaria, las reclamaciones por daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en el ámbito del SNS, la relación de posibles sujetos pasivos viene determinada no tanto por la condición de Administración como por la condición de entidades, servicios o centros que realizan prestaciones sanitarias propias del SNS? ¿Acaso no forma parte del SNS las entidades que integran el mutualismo administrativo conforme a la visión

amplia que del SNS ofrece el artículo 45 de la LGS?

Pues bien, la respuesta a estas interrogantes viene de la mano de lo previsto en la **Ley de Contratos del Sector Público**, y en concreto en su **Disposición Adicional Vigésimo Tercera**, en la que se dice textualmente que *“los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de la su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad, y en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público”*.

La Sala, siguiendo el criterio fijado por el TS en su sentencia de 25 de marzo de 2009, afirma que *“con esta disposición, la Ley considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre el ISFAS y ADESLAS, al régimen del contrato de gestión de servicio público (...) figurando entre las obligaciones del contratista la de indemnizar los daños que se causen a terceros...(art. 256.c) de la LCSP*).

Procede por tanto aplicar **el régimen general de responsabilidad previsto en la LCSP**, de modo que como establece el TS en su sentencia de 20 de junio de 2006 para los casos de prestación sanitaria concertada. *“la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración (...) modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista...”*.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 31 DE MAYO DE 2011. DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS PERMANENTES Y DAÑOS CONTINUADOS A LOS EFECTOS DE DETERMINAR EL DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UN AÑO

La sentencia impugnada en casación acuerda desestimar el recurso contencioso administrativo, por apreciar la prescripción del derecho a reclamar.

La reclamación trae su causa en el contagio del virus

de la hepatitis C por el recurrente en el desempeño de su funciones como mozo de autopsias en el Instituto Anatómico Forense en julio de 1997, y los daños consecuentes a dicho contagio. A partir de ese momento padece una sintomatología neurológica derivada de la disfunción hepática, lesiones que son descritas por el INSS mediante Resolución de 18 de febrero 2003. La reclamación por responsabilidad patrimonial la presenta el 24 de febrero de 2004. ¿Extemporaneidad, o no?.

La doctrina de los datos continuados admite la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación pese a que haya transcurrido el plazo de prescripción de un año, en los casos en los que la propia enfermedad no permita prever la posible evolución de las secuelas, o bien porque se pueden manifestar secuelas imprevistas y no determinadas.

En este caso, al venir referida la reclamación a unos daños cuya determinación se concretó en un momento determinado, al ser previsibles conforme a una evolución patológica ya conocida, no cabe admitir la anterior doctrina, de modo que al dejar pasar el plazo de prescripción procede la declaración de extemporaneidad.

En definitiva, no siempre las secuelas derivadas del contagio de una hepatitis C pueden encontrar cobijo en los conocidos como “*daños continuados*”, como es el caso objeto de comentario, que en cambio, parece encajar en los daños permanentes.

3.- SENTENCIA DEL TSJ DE BALEARES DE 31 DE MAYO DE 2011

Trabajadora que, a consecuencia de un accidente laboral, recibe asistencia sanitaria en los servicios médicos de su Mutua de AT/EP, donde posteriormente recibe tratamiento de rehabilitación, y se le practica una segunda intervención para la retirada del material de osteosíntesis.

En el curso de esta segunda intervención, la paciente entró en parada cardiorespiratoria con graves secuelas neurológicas como consecuencia de un shock anafiláctico, siendo trasladada de inmediato al Hospital Son Dureta de Palma de Mallorca.

¿Existe en este caso legitimación pasiva de la administración sanitaria, o por el contrario, no cabe entender que exista dicha legitimación al haber sido dispensada la asistencia sanitaria por la Mutua patronal?

Pues bien, la Sala, tras reconocer que en efecto, las Mutuas tienen el carácter de entidades jurídico-privadas, señala que también forman parte como entidades colaboradoras, del Sistema de Seguridad Social, y que cuando realizan actuaciones de gestión de protección derivada de accidentes de trabajo, la Administración sanitaria responsable del sistema de salud competente en el territorio, ostenta sobre esas entidades colaboradoras una potestad de inspección. En base a este razonamiento hay que entender que la administración autonómica sí que tiene legitimación pasiva por su condición de responsable del servicio público de salud en el territorio balear.

Esta sentencia complementa el criterio fijado por la Audiencia Nacional en sentencia 17 de junio de 2009.

La naturaleza jurídica de las Mutuas de AT/EP cobra especial protagonismo en este caso enjuiciado por la Audiencia Nacional sobre la desestimación por el Ministerio de Trabajo de la reclamación interpuesta por el perjudicado por los daños sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en un centro sanitario de una Mutua de AT/EP. La Sala, invocando la doctrina del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica de la Mutua (*entidad privada*) y la exclusión de la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para estos supuestos -Dictamen 2.872/2001, de 25 de octubre de 2001, según el cual “*La actividad a la que se achaca el origen de las lesiones ha sido llevada a cabo por una de estas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y por tanto, por una entidad privada, lo que excluye la presente vía de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*”- concluye afirmando que el Ministerio no puede en modo alguno asumir la responsabilidad de la prestación asistencial realizada en un centro sanitario de una Mutua de AT/EP, sin que quepa argüir en contra, la estrecha vinculación que presentan estas entidades con el Ministerio en virtud de la relación de tutela a la que se refiere el art. 71 del RD-Legislativo 1/1994.

En efecto, la lectura del citado precepto legal permite colegir que entre las facultades que ostenta el Ministerio de Trabajo no figura que sea responsable del seguimiento de la calidad de la prestación sanitaria ni de la actuación de los profesionales contratados por la Mutua, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto.

4.- SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2011, asunto C-495/10

Durante una intervención quirúrgica realizada en un centro hospitalario francés, un paciente sufrió quemaduras causadas por un colchón térmico defectuoso. El hospital fue condenado a pagar una indemnización al paciente, e interpuso recurso contra esta condena ante el Consejo de Estado alegando que dicha condena se apoya en la aplicación de un principio que se puede considerar contrario a la Directiva 85/374, que es la que regula la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

El principio en cuestión establece- de forma análoga a como acontece con nuestro sistema de responsabilidad patrimonial- que todo servicio hospitalario público es responsable de los daños sufridos por sus pacientes debido a defectos en los equipos utilizados durante la prestación de asistencia sanitaria.

El TJUE establece que la responsabilidad de un prestador de servicios por el uso de un producto defectuoso- en nuestro caso el centro hospitalario- no se encuentra cubierta por la Directiva 85/374, ya que el prestador de servicios no puede ser considerado ni como productor ni importador ni suministrador.

A su vez, señala que la existencia de normas nacionales que establecen la responsabilidad objetiva del prestador público de servicios por daños causados por el uso de un producto defectuoso, no resulta incompatible con la aplicación de la citada disposición comunitaria. En tal caso, lo que sí advierte el TJUE, es que dicho sistema nacional no puede constituir un obstáculo para la aplicación del régimen de responsabilidad del fabricante establecido en la Directiva, de modo que se ha de reconocer tanto a la persona que sufrió los daños, como al prestador de servicios, la facultad para reclamar responsabilidades al fabricante del producto defectuoso.

En nuestro país, desde la perspectiva de la legislación de defensa de los consumidores, cabría destacar la existencia de dos posturas encontradas:

1.- Aquella que considera que la existencia de un defecto en el producto no excluye la responsabilidad solidaria de la Administración sanitaria que lo adquiere y utiliza –como es el caso de la sentencia del TS de 24 de septiembre de 1999 y la de la AP de Burgos de 13 de mayo de 1994, que resuelven casos sobre dispositivos intrauterinos fabricados por la empresa DIU SA, cuyos defec-

tos determinaron respectivamente, un embarazo no deseado y una operación de legrado.

2.- El criterio defendido por el Tribunal Supremo, que ha fallado en sentido contrario en los casos de rotura de jeringa y de rotura de catéter –sentencias de 17 de abril de 1998 y de 15 de noviembre de 2000- una vez que quedó acreditado que la rotura del producto dañino se debía a causas inherentes al mismo, y no a su manipulación incorrecta por el profesional sanitario o el paciente.

FARMACIA Y MEDICAMENTOS

1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 161/2011, DE 16 DE OCTUBRE PUBLICADA EN EL BOE DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2011, QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 3/1996, DE 25 DE JUNIO, DE ATENCIÓN FARMACÉUTICA EN EXTREMADURA

El TC declara la inconstitucionalidad de la prohibición de acceder a autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia a personas mayores de 65 años, por considerarla una discriminación arbitraria por razón de edad que no queda justificada en el argumento de entender que “*a los 65 años la mayoría de los españoles cesan en la actividad laboral y en que a partir de esa edad sean crecientes las dificultades de adaptación*”, concluyendo que no se trataba “*de una medida de acción positiva dirigida a equilibrar la desfavorable situación de partida de los integrantes de un grupo desfavorecido*” y su exclusión “no garantiza la contratación de nuevos profesionales”.

En similares términos ser pronunció el TC en relación con la Ley de Ordenación Farmacéutica de Castilla-La Mancha. En efecto, la Sentencia 63/2011, de 16 de mayo de 2011 declaró inconstitucional el artículo 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha.

Dicho precepto establecía que “[e]n ningún caso pueden participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan instalada otra en el mismo núcleo de población en el cual se solicita la nueva instalación o que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento” Del precepto se cuestiona únicamente

te la prohibición impuesta a los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años al principio del procedimiento.

Para valorar la constitucionalidad de dicho precepto, el TC analiza la incidencia del dato de la edad como factor de discriminación haciendo un recorrido por las sentencias más relevantes, que permiten concluir que el TC ha llegado a soluciones diversas debido a la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados. No obstante, sí se puede extraer de la doctrina del TC que para que la edad opere como uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado es preciso que no se acomode a las exigencias de justificación y proporcionalidad.

2.- SENTENCIA DEL TJCE, DE 5 DE MAYO DE 2011, EN EL ASUNTO C-316/09

La sentencia objeto de análisis resuelve la cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en el contexto del pleito que enfrentaba a Merckle GmbH y Merck, Sharp & Dohme GmbH por la información que ésta última compañía ofrecía en su página corporativa en relación con sus medicamentos sujetos a receta médica.

Merck Sharp & Dohme había colgado en su web corporativa en Alemania, en una sección no restringida a profesionales sanitarios, una reproducción del embalaje, del prospecto y de las indicaciones terapéuticas aprobadas para varios de sus medicamentos de prescripción.

Esta iniciativa fue denunciada por Merckle, quien entendía que se estaba llevando a cabo una actividad publicitaria prohibida en relación con estos medicamentos. Merck Sharp & Dohme, por el contrario, defendió su actuación argumentando que una prohibición de difundir este tipo de información resultaría desproporcionada e incompatible con derechos fundamentales tales como la libertad de empresa y expresión, y **el derecho de los pacientes a elegir libremente el tratamiento**.

El TJCE considera que la difusión de este tipo de informaciones sobre medicamentos sujetos a prescripción médica, en principio prohibida en el Derecho Comunitario, es admisible pero siempre que se lleve a cabo bajo ciertos límites y condiciones.

Como bien señala el tribunal, el hecho de que sea

el titular del medicamento quien lleve a efecto la difusión de este tipo de informaciones no significa necesariamente que se esté persiguiendo un objetivo publicitario. Dicha difusión puede estar dirigida a objetivos perfectamente legítimos, tales como evitar riesgos ligados a la automedicación o satisfacer la demanda legítima de información por parte de los ciudadanos, por lo que no cabe etiquetarla sin más como una acción promocional. Los tribunales nacionales, continúa señalando el TJCE, deben llevar a cabo un examen exhaustivo del contenido de la información y del contexto en el que se inserta, a fin de determinar si cabe concluir razonablemente que el laboratorio perseguía una finalidad publicitaria y se estaba infringiendo la prohibición.

Por último, el TJCE recuerda que la información ofrecida por los laboratorios debe limitarse a una reproducción íntegra y literal del embalaje, prospecto y ficha técnica aprobados por las autoridades, ya que su selección o reelaboración por el laboratorio podría hacerle perder su carácter objetivo.

No obstante, esta última afirmación debe ser matizada a la luz de la **Sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, también de 5 de Mayo de 2011, asunto C-249/09, Novo Nordisk AS v. Ravimianet**, en la que se afirma en relación con la publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica entre personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos, que está permitida la difusión de información complementaria que confirme o precise, en un sentido compatible, los datos incluidos en el resumen de características, sin desnaturalizarlos, siempre que dicha información cumpla con los requisitos previstos en la Directiva: a) que sea objetiva b) no engañosa c) exacta d) actual e) comprobable f) completa y, g) en el caso de tratarse de citas extraídas de obras científicas, reproduciendo fielmente la obra y precisando con exactitud su fuente.

RECURSOS HUMANOS

1.- SENTENCIA Nº 75/2011 DEL PLENO DEL TC, DE 19 DE MAYO DE 2011

Sentencia dictada por nuestro TC a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la desigual aplicación del artículo 48.4 del ET por entender que:

- a) Carece de justificación que, en los supuestos de parto, el padre trabajador únicamente pueda disfrutar del período de descanso “voluntario” y

percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante ese periodo, siempre que la madre le ceda el derecho a disfrutarlo y ésta sea una trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social.

b) No se comprende que en supuestos de adopción la ley permita “la opción de los interesados” (padre y madre) en el disfrute del descanso, a diferencia de los supuestos de parto, lo que puede vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna, según el artículo 14 de la Constitución Española.

La primera cuestión pierde interés desde el momento en que hoy día, tras la reforma del artículo 48.4 del ET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, el actual párrafo tercero del artículo 48.4 del ET, en el supuesto de parto, establece que el padre trabajador afiliado a la Seguridad Social tendrá derecho al periodo de suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto en su integridad aún cuando la madre no tuviera derecho a ello por no desempeñar actividad laboral o por ejercer una actividad profesional que no dé lugar a la inclusión en la Seguridad Social.

Respecto de la segunda, el TC pone de manifiesto la distinta finalidad que tienen ambas situaciones protegidas, la maternidad por parto respecto de la adopción, aplicando en este sentido la ya clásica doctrina constitucional sobre el principio de igualdad, que *“no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin ofrecer una justificación objetiva y razonable para ello. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos”*.

En el primer caso, la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada mientras que en el segundo supuesto se persigue facilitar la integración del menor de corta edad adoptado o acogido en su nueva familia de adopción o acogida, por lo que ca-

recería de sentido atribuir el derecho a la suspensión del contrato y la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social a uno con preferencia al otro.

2.- SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ENERO DE 2011 Y SENTENCIA A.N. 93/2011, DE 13 DE JUNIO. EL DERECHO DE HUELGA

2.1 Sentencia del Tribunal Supremo

Accidente laboral provocado por una unidad de tren de una sociedad ferroviaria, en el que fallece el maquinista y resultan heridas tres personas. Algunos trabajadores deciden convocar una jornada de paro para todo el día siguiente al del accidente en señal de duelo y protesta por lo sucedido. A consecuencia de ello, la sociedad ferroviaria sufre cuantiosas pérdidas económicas por las reclamaciones de los usuarios y el lucro cesante.

En su argumentación, el TS entiende que el acto supuso una protesta frente a la sociedad por lo ocurrido, con pleno conocimiento por los trabajadores de la repercusión que iba a tener para los usuarios. En consecuencia, el TS concluye que el paro, al suponer una alteración colectiva de trabajo como medida de presión o protesta, debe ser calificado de huelga. De esta forma, el TS considera que se ha vulnerado, por parte de los convocantes, el derecho del empresario a que se le comunique previamente el ejercicio del derecho de huelga (artículo 3.3 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo).

2.2 Sentencia de la Audiencia Nacional

En el caso enjuiciado, la empresa no sólo no se mantuvo al margen de la huelga convocada, sino que emitió un comunicado a los trabajadores en el que trató de amedrentarlos con situaciones “apocalípticas” si ejercían su derecho fundamental de huelga. Es evidente que dicho comunicado en horas previas a la huelga puede llevar a algunos trabajadores al convencimiento de que va a suceder un perjuicio irreparable, lo que constituye una presión sobre los posibles huelguistas. A pesar de que la empresa alega el ejercicio legítimo de su derecho a la libre expresión, el derecho de huelga goza de una singular preeminencia, pues como dijera el TC *“La preeminencia de este derecho (el de huelga) produce durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad funcional”*.

3.- AUTOS SOBRE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DE SUSPENSIÓN DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS POR VULNERAR LA LIBERTAD DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL PROFESIONAL SANITARIO EN RELACIÓN CON LA PRÁCTICA DE ACTOS PREPARATORIOS DE LA IVE

3.1 Auto de 29 de marzo de 2011. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga

La Dirección General de Atención Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud aprueba una instrucción relativa al proceso de información y derivación de las mujeres, en la que se indica que el derecho a la objeción de conciencia únicamente podrá ser ejercido por los profesionales directamente implicados en la realización de la IVE.

Frente a esta Instrucción, la recurrente –médico de familia– manifiesta ante su Gerencia su declaración como objetora de conciencia en relación con el aborto. La Gerencia, mediante Resolución de 18 de diciembre de 2010, le recuerda a la profesional que el art. 19.2 de la LO 2/2010 solo ampara a los profesionales directamente implicados en la IVE, lo que no es el caso de la recurrente, cuya labor de información y derivación queda fuera del derecho a la objeción de conciencia.

La interesada solicita del juez la suspensión de la ejecutividad de la citada resolución, y éste la desestima por considerar que tan solo existiría una afectación periférica a su derecho a obrar conforme a su conciencia, pues no está implicado directamente en la IVE al limitarse su quehacer a una tarea informativa y derivación de la mujer.

No obstante, el juez se muestra crítico con el alcance de la Resolución impugnada, pues dicha instrucción *“trasciende el ámbito organizativo e informativo, conteniendo una decisión sobre un derecho que puede tener alcance constitucional. Desde esta perspectiva, por tanto, nos encontramos ante un acto que presenta una fuerte apariencia de tener un contenido decisorio en cuanto delimita el contenido y alcance de un derecho”*.

3.2 Auto de 30 de mayo de 2011. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Málaga

En este otro caso, también protagonizado por una

médico de familia del SAS, se solicita del juez la suspensión de la ejecutividad de la resolución dictada por su Gerencia por la que se impide a la interesada ejercer el derecho de objeción de conciencia en relación con el aborto, en concreto respecto de las actuaciones consistentes en dar información general a la mujer sobre el procedimiento de tramitación del aborto provocado, entregar el preceptivo sobre cerrado en los casos de aborto a petición de la mujer, y expedir el documento de derivación al centro concertado autorizado para la realización del aborto.

Sin embargo, a diferencia del auto anterior, el juez se muestra a favor de estimar la medida cautelar solicitada, ya que de lo contrario *“la situación sería irreversible, y podría ocasionar un perjuicio muy significativo a los intereses de la recurrente, y de no suspenderse el acto la sentencia que se dictase, si fuese favorable, no podría tener efecto retroactivo pues se habría consumado durante este periodo de tiempo lo que la parte quiere evitar con el recurso”*. Por otra parte, el juez recuerda que *la Administración siempre podría o bien contratar a más personal durante este periodo de tiempo o incluso, y sin hacer falta lo anterior, que sea otro profesional sanitario de los muchos que se encuentran en el Centro de salud donde presta sus servicios la recurrente el que se encargue de las labores de información y derivación controvertidas”*.

Aunque es cierto que, como ya ha dejado dicho el TS en diversas ocasiones -STS de 21 de Junio de 2010-, no cabe atribuir a las previsiones recogidas en el Código Deontológico relevancia jurídica por no tratarse de una norma de rango legal, asistimos a un conflicto entre la “ética profesional” -teóricamente ubicada en un plano superior al Derecho y en armonía con sus mandatos - plasmada en el nuevo Código de Ética y Deontología de la OMC, y la dispar valoración que hacen los intérpretes del Derecho de esa misma realidad.

3.3 Auto de 1 de diciembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

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

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

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

Lo curioso del caso es que en Castilla-La Mancha hubo que aprobar la Orden de 14 de octubre de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modificó la Orden de 21/06/2010, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, en cumplimiento del Auto de 29 de septiembre de 2010 dictado por el TSJ de Castilla-La Mancha, que sí efectúa un reconocimiento implícito de este derecho a los facultativos de la Atención Primaria.

4.- SENTENCIA DEL TS DE 8 DE FEBRERO DE 2011. COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RRHH DE UN SERVICIO DE SALUD PARA REALIZAR AJUSTES EN LA RPT

¿Se podría incluir en un Decreto por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo de un Servicio Público de Salud, una Disposición por la que se habilita a la Dirección General de RRHH de dicho organismo público para mantener actualizada la relación de puestos de trabajo?

Pues bien, si tales ajustes o modificaciones afectan a los puestos base, ajustes derivados de procesos de modificación de plantilla, concursos de traslados, concursos de méritos, movilidad, redistribución de

efectivos y actualización de complementos, entonces no estamos ante meros “ajustes” sino ante verdaderas modificaciones de la RPT, lo que conlleva la necesaria negociación previa para la misma, y por tanto la imposibilidad de que se pueda delegar tal competencia.

Este es el criterio del TS en relación con la legalidad del Decreto 8/2007, de 2 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Rioja y su Disposición Final Tercera.

5.- SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2011

La Sra. Scattolon, empleada del municipio de Scorzé (Italia) en calidad de bedel en escuelas del Estado, desarrolló ese trabajo entre 1980 y 1999 como miembro del personal administrativo, técnico y auxiliar (ATA) de las entidades locales. A partir de 2000, dicha señora fue transferida a la plantilla del personal ATA del Estado y clasificada en una escala salarial que correspondía en esa plantilla a nueve años de antigüedad.

La interesada no había obtenido el reconocimiento por el Ministerio de casi veinte años de antigüedad adquirida en el municipio de Scorzé, por lo que solicitó al Tribunal de Venecia (Italia) el reconocimiento de la totalidad de su antigüedad.

Este tribunal pregunta al TJUE si:

- a) La normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa se aplica a la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública.
- b) En caso de respuesta afirmativa a esa cuestión, el tribunal italiano desea también saber si, a efectos del cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, el cesionario debe reconocer la antigüedad adquirida por esos trabajadores al servicio del cedente.

Pues bien, respecto de la primera de las cuestiones, el Tribunal de Justicia señala ante todo que la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública, y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y

de asistencia administrativa, constituye una transmisión de empresa cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno de ese Estado miembro.

En efecto, en primer lugar, este grupo de empleados públicos constituye una empresa aunque no existan elementos de activo -véase la sentencia del TJUE sobre la subrogación empresarial de empleados en el Ayuntamiento del municipio toledano de Cobisa comentada en números anteriores-, sin que además tenga incidencia alguna el hecho de que dichos trabajadores formen parte de la administración pública.

En concreto, y respecto de esta última cuestión, es cierto que **la jurisprudencia comunitaria ha venido excluyendo del campo de aplicación de la Directiva “la reorganización de estructuras de la administración pública” y “la transferencia de competencias entre administraciones públicas”**, pero a continuación, la sentencia objeto de comentario añade que *“el alcance de esas expresiones se limita a los supuestos en los que la transmisión tenga por objeto actividades propias del ejercicio del poder público” y que “si se acogiera tal interpretación, cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de la reorganización de personal”*.

El último intento del gobierno italiano por huir de los tentáculos de la Directiva en cuestión, ha consistido en alegar que no existe en realidad *“transmisión empresarial”* ya que la supuesta transmisión deriva de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades, lo que también carece de relevancia.

Respecto al cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, el Tribunal de Justicia estima que, si bien el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa - incluidas las referidas a la retribución - **las modalidades elegidas para la integración salarial de los trabajadores transferidos deben ser conformes con el objetivo de la normativa de la Unión en materia de protección de los derechos de los trabajadores transferidos, que consiste en esencia en impedir que esos trabajadores se encuentren por la mera causa de la transmisión en una posición menos favorable que**

la que tenían anteriormente.

El Tribunal de Justicia pone de relieve que, en este caso, el Ministerio, en lugar de reconocer esa antigüedad como tal y en su integridad, calculó para cada trabajador transferido una antigüedad *“ficticia”*, cuando en realidad la antigüedad adquirida al servicio del cedente por un miembro del personal transferido habría podido calificarse como equivalente a la adquirida por un miembro del personal ATA de igual categoría empleado por el Ministerio antes de dicha transmisión, ya que las funciones ejercidas por el personal ATA de las entidades locales en las escuelas públicas eran prácticamente idénticas a las ejercidas por el personal ATA empleado por el Ministerio.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. 27 DE JULIO DE 2011

Para que se respete la finalidad impuesta por la LCSP de que la valoración subjetiva se haga en primer término y, de este modo, evitar que influya en el criterio de los evaluadores los resultados arrojados por la aplicación de las reglas automáticas de valoración, ¿debería leerse en el acto público de apertura de las ofertas económicas los resultados de la valoración de los criterios subjetivos, o en su caso, poner a disposición de los asistentes esta información?

A juicio del Tribunal Central la finalidad de la LCSP, a saber, que los resultados de la aplicación de las reglas automáticas de valoración no influyan en el criterio de los evaluadores a la hora de efectuar la valoración de los criterios subjetivos, se cumple *“siempre que dicha valoración se realice antes de la apertura de la oferta económica y ello resulte acreditado documentalente. El hecho de que se de lectura o no al resultado de la valoración de los criterios subjetivos, no supone ninguna infracción, ni siquiera una mera irregularidad”*.

La segunda cuestión suscitada sería, ¿se puede admitir a efectos de subsanación, la aportación, ante el Tribunal conocedor del recurso especial interpuesto, de documentos acreditativos del cumplimiento de requisitos cuya constancia documental la parte

recurrente, en cambio, no efectuó pese a los requerimientos realizados en su momento por la Mesa de Contratación?

La simple lectura del art. 86.3 del RGCAP serviría para dar respuesta a esta interrogante, no pueden admitirse nuevos documentos que no hayan sido entregados en el plazo de admisión de ofertas o en el de subsanación.

1.2.- ACUERDO 7/2001, DE 6 DE JUNIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN.

Primero.- La cuestión de fondo no es otra que la exclusión de una empresa licitadora por haber omitido en su propuesta el precio unitario y si dicha omisión es susceptible de subsanación por el licitador.

Segundo.- Tal y como recuerda el Tribunal administrativo, la oferta económica está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro forma, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. De este modo, las proposiciones que no respeten estos requisitos deberán ser rechazadas por la Mesa en resolución motivada- **art. 84 del RGCAP**-.

Tercero.- En relación con la pretensión del recurrente de considerar la omisión del precio unitario señalado como subsanable, ésta es rechazada ya que *“la subsanación del defecto alegado supondría una modificación de los términos de la oferta, y además se produciría posteriormente a la apertura y conocimiento público de la totalidad de las proposiciones económicas formuladas por los restantes licitadores admitidos...”* *“En esencia, la pretensión de subsanación exigida por la recurrente no se encuentra en ningún caso recogida en la legislación aplicable. Antes al contrario, el artículo 84 del RGCAP establece con claridad que deben ser rechazadas.*

2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

2.1.- INFORME JURÍDICO 0443/2010 DE LA AEPD. ESCANEADO DE DOCUMENTOS DE LA HISTORIA CLÍNICA, PLAZO DE CONSERVACIÓN, Y FIRMA ELECTRÓNICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y OTROS DOCUMENTOS

Informe de la AEPD que, lejos de abordar en profundidad la problemática que suscitan las cuestiones planteadas, responde de forma escueta a estas tres interrogantes:

a) Escaneado.

No hay inconveniente toda vez que la ley permite la conservación de la HC en soporte distinto del original, siempre que quede preservada su autenticidad, seguridad e integridad (art. 17.1 y art. 14.2 de la LAP).

b) Plazo de conservación de la HC.

La determinación del período de conservación de la información contenida en la HC, al margen del plazo mínimo de los cinco años que fija la citada ley, exige que se deba estar a la relevancia y trascendencia de cada episodio asistencial.

c) Constancia del consentimiento informado del paciente u otros documentos mediante el empleo de dispositivos de firma electrónica.

Es perfectamente posible siempre que existan garantías que permitan acreditar la integridad de los documentos objeto de firma.

2.2.- INFORME JURÍDICO DE LA AEPD 0222/2010. CESIÓN DE DATOS PERSONALES Y EJERCICIO DEL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS

En esta consulta se plantea si es factible la comunicación de datos que consta en los archivos parroquiales sobre una persona a solicitud de una entidad pública española de protección de menores.

Para la agencia estamos ante un clásico supuesto de cesión de datos, lo que nos obliga a estar a lo dispuesto en el art. 11, que prevé como regla general el consentimiento del interesado otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado, salvo que concurra alguna de las excepciones de las contempladas en el apartado segundo del citado precepto, entre las que se encuentra la cesión autorizada en una ley.

Pues bien, el art. 180 del Código Civil en su apartado quinto dispone que *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de*

edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las entidades públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”.

Como colofón, la Agencia añade que la existencia de una habilitación legal como la que concurre en este caso, debe amparar el respeto a los restantes principios contenidos en la LO 15/1999, de modo que la cesión deba limitarse a aquellos datos “*adecuados, pertinentes y no excesivos*”, que deberán ser tratados únicamente para las finalidades que motivaron su recogida.

Dos observaciones al informe objeto de comentario:

a) Hay que recordar que a juicio del Supremo “*los datos personales recogidos en los libros de bautismo no son un conjunto organizado, tal y como exige el art. 3.b) de la Ley Orgánica 15/99, sino que resultan una pura acumulación de éstos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación, en cuanto no están ordenados, ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo*” (STS de 5 de febrero de 2010).

b) El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos de la persona podría entrar en pugna con el derecho a la confidencialidad de la información genética previsto en diversas disposiciones autonómicas, entre ellas la Ley 5/2010 de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, que lo reconoce en su art. 6.

3. ASISTENCIA SANITARIA U.E.

3.1.- GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA MEJORAR LA FACTURACIÓN POR LA ASISTENCIA SANITARIA A CIUDADANOS DE LA UE. ESCUELA ANDALUZA DE SALUD PÚBLICA. CONSEJERÍA DE SALUD. JULIO 2011

La Guía analiza el alcance del derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza conforme a lo previsto en los nuevos Reglamentos comunitarios sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, sin referirse en ningún momento a la flamante Directiva 2011/24/

UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

El marco normativo actual tras la derogación en mayo de 2010 de los Reglamentos comunitarios CEE 1408/71 y 574/72 (vigentes transitoriamente en Suiza y los países del Espacio Económico Europeo), está constituido por los Reglamentos 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, 988/2009 modificativo del anterior y el 987/2009 que adopta sus normas de aplicación, y sin que a los ciudadanos de la UE que se desplacen a España se les deba aplicar ni el RD 1088/1989, ni la LO 4/2000.

Con arreglo a los citados reglamentos, las personas aseguradas que residan en un país distinto al que les reconoce el derecho, o se hallen temporalmente en dicho país, o se hayan desplazado ya sea para recibir tratamiento durante su estancia o para trabajar, se les reconocerá el derecho de acuerdo con la legislación nacional por el país en el que está asegurado, mientras que la asistencia sanitaria demandada se recibirá de acuerdo con la legislación que aplique el país de estancia/residencia.

4. SISTEMA NACIONAL DE SALUD

4.1.- RECOMENDACIONES 2011 DEL CONSEJO ASESOR SOBRE EL BUEN GOBIERNO DE LA SANIDAD PÚBLICA VASCA

Rediseñar el modelo organizativo y funcional del Servicio Vasco de Salud, constituye el eje central del documento elaborado por el Consejo Asesor, aunque estas interesantes recomendaciones son perfectamente extrapolables al conjunto del sistema sanitario público.

Desde el punto de vista organizativo, el órgano asesor pone especial énfasis en la necesidad de implantar en el conjunto del Servicio de Salud órganos colegiados de gobierno ante los que debería responder el gestor. Estos órganos colegiados estarían formados no solo por miembros de la propia organización, sino también por representantes de la población local así como miembros cuya pertenencia al Consejo sería a título individual, nombrados por su contribución potencial al buen gobierno de la organización.

El plano funcional, se insiste en la necesidad de potenciar los valores éticos y la profesionalización de la función directiva.

Por lo que se refiere al primero de los objetivos, garantizar comportamientos íntegros, se propone la elaboración de códigos de conducta, regular los conflictos de interés, prever la creación de una unidad de prevención y detección del fraude y la corrupción.

Pero en gran medida la consecución de este gran objetivo va estrechamente ligado a la adopción de medidas dirigidas a lograr una administración sanitaria políticamente neutral, profesionalizada y estable, lo que nos conduce al segundo de los objetivos ya enunciados: la función directiva.

Profesionalizar la función gestora para que sea más eficaz y cuente con mayor legitimidad y autoridad, constituye la asignatura pendiente de nuestro sistema sanitario, y para ello resulta imprescindible seleccionar y nombrar a los directores gerentes y a todos los cargos ejecutivos, de alta dirección, de responsabilidad clínica o gestora *“por procedimientos en los que exista concurrencia pública, participación de los respectivos Consejos de Gobierno y en su caso, el asesoramiento profesional correspondiente”*.

Pero además es preciso que los valores y el estilo de la función directiva queden reflejados en un Código de Conducta en el que se contenga un estilo de trabajo abierto y participativo, compromiso con la promoción personal y profesional de los trabajadores, austeridad y eficiencia en el uso de los recursos, rendición de cuentas, y compromiso con la innovación y la gestión del conocimiento para el desarrollo individual y corporativo.

A su vez, la evaluación de los resultados obtenidos por los directivos en su labor de gestión debería establecerse como una práctica común con el objetivo de incentivar la excelencia profesional.

Para finalizar, y como otros objetivos a destacar en el plano funcional, citar:

- a) Incrementar la autonomía de los centros sanitarios, facilitando el desarrollo de innovaciones y experiencias piloto que permitan ensayar y evaluar las reformas, y la capacidad de incentivar y premiar la excelencia profesional y la dedicación extraordinaria, así como sancionar los incumplimientos.
- b) Mayor transparencia en la gestión y participación de los profesionales sanitarios. Para ello sería aconsejable revitalizar el funcionamiento de las Juntas Facultativas Técnico Asistenciales,

Comisiones de Calidad y otros órganos colegiados de asesoramiento previstos en el RD 521/87, o generalizar de una vez por todas, los modelos de gestión clínica orientados a implicar a los profesionales en la gestión de los recursos, o valorar la participación profesional del personal médico, de enfermería...en estos órganos como mérito para su reconocimiento y promoción profesional.

4.2.- DECLARACIÓN DE LA OMC SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DEL SNS Y EL NUEVO PROFESIONALISMO MÉDICO

Para comentar el **Documento aprobado el 29 de octubre de 2011 por la OMC** bajo el título *“Compromisos y exigencias de la profesión ante la crisis económica, de valores y de gobierno en el SNS”*, nada mejor que comenzar con la frase de Rudolf Virchow- investigador celular – para quién *“La medicina es ciencia social, y la política no es otra cosa que medicina en gran escala”*.

Pues bien, los médicos de la OMC se lo han tomado en serio y en este documento se posicionan claramente a favor de un nuevo modelo de profesionalismo médico acorde con el contexto socioeconómico actual.

La Organización colegial, tras constatar los problemas que atenazan al SNS, la mayoría generados por el fenómeno de la descentralización política de las competencias sanitarias, y a los que habría que sumar los graves problemas económicos, quiere subrayar el importante papel que le toca jugar al médico y para ello hace una apuesta decidida por lo que ha dado en llamar *“nuevo profesionalismo médico”*, o lo que es lo mismo, la asunción de un compromiso ante la sociedad en defensa de una serie de valores como la primacía de los principios éticos, garantías en la calidad asistencial, racionalizar las prestaciones, buen gobierno sanitario, reforzamiento de la ciudadanía sanitaria a la que hay que ofrecer más información y más espacios de participación y decisión, mejorar las competencias esenciales de los servicios públicos, y priorizar actuaciones en función de necesidades y resultados en salud.

A cambio, la OMC, en el marco de lo que parece un nuevo “contrato social” entre la clase médica y las autoridades políticas, piden un Pacto para revitalizar el SNS, que se establezca un modelo de gobierno sanitario, la creación de un sistema de información sanitaria del SNS interoperable, aplicación del principio de justicia en las innovaciones tecnológicas,

mayor cohesión y coordinación de la política farmacéutica, redefinición del modelo retributivo que debe estar más ligado a los resultados y la calidad de la asistencia, y por último un cambio en el modelo asistencial teniendo en cuenta para ello el tipo de enfermo que hoy día predomina –enfermo polimedicado y crónico.- y teniendo también presente la necesidad de establecer mecanismos para la mejora de las relaciones entre diferentes niveles.

Entre esta “*oferta*” de servicios a la comunidad, y las “*contrapartidas*” solicitadas al poder político, la OMC se muestra crítica con los recortes que se están produciendo y rechaza cualquier tipo de recorte en prevención y promoción de la salud, por dos motivos fundamentales:

- a) por las consecuencias a medio y largo plazo en la salud individual y colectiva.
- b) y desde un punto de vista ético porque estos ajustes indiscriminados e irracionales van a recaer sobre los más pobres, los más débiles, ancianos y desfavorecidos. ¿Crítica velada al copago?.

En fin, un intento por parte de los médicos de hacerse oír y de que sean tenidos en cuenta por el poder político, justo en un momento en el que los servicios sanitarios en general, y la clase médica en particular, se están convirtiendo en la diana que necesitan los dardos de políticos y economistas.

4.3.- FUNDAMENTOS DE LA ATENCIÓN PRIMARIA Y EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS DE MEJORA ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. MARZO 2011

Demoleador informe el elaborado por la FADSP sobre la situación actual de la Atención Primaria en nuestro país. Entre las principales deficiencias advertidas por la FADSP, cabría citar las siguientes:

- a) No se ha mejorado la accesibilidad del ciudadano a los centros sanitarios de Atención Primaria: 1)- horarios rígidos 2) tipo de trabajo funcional sujeto a horario fijo. 3) libertad de elección de médico limitada por la sobrecarga de cupos. 4) El reconocimiento de la libranza al día siguiente a la guardia supone que el paciente hasta en un 33% de los días de consulta no encuentra en la misma a su médico y/o su enfermero.
- b) Calidad de la AP: 1) Los Sistemas de evalua-

ción de la calidad se reducen a las encuestas de satisfacción. 2) La participación ciudadana queda limitada a la constitución de consejos de salud en algunos centros. 3) Apenas se ha avanzado en potenciar la autonomía de los ciudadanos en los autocuidados y la prevención de la medicalización. 4) La cartera de servicios se establece sin tener en cuenta a los profesionales y sin reciprocidad con la población. 5) Las actividades de prevención y promoción no están estimuladas.

c) Defectuosa coordinación entre ambos niveles asistenciales (AP y AE): 1) No hay objetivos comunes, no hay coordinación efectiva, no hay actividades mixtas de formación sobre áreas transversales ni sobre investigación. 2) Problemas en el acceso por parte de los médicos de AP a los informes de consultas externas de los hospitales.

d) Mala gestión de las urgencias. Los Puntos de Atención Continuada se convierten en una prolongación de las consultas convencionales, pero sin cita.

e) Escasas actividades en formación continuada y actividad docente: 1) Pocos EAP cuentan con un programa formativo propio. 2) No se mide el impacto de la formación. 3) Falta de reconocimiento de la labor docente de los profesionales.

f) Retribuciones: 1) Carrera Profesional. Se ha convertido en un complemento salarial más sin la capacidad incentivadora. 2) La incentivación mediante el pago de la productividad variable es motivo de agravios. Se acepta como prolongación de la nómina y se materializa en repartos más o menos lineales. Desincentivación del personal más meritorio.

5. BIOÉTICA

5.1.- GUÍA SOBRE “ASPECTOS LEGALES DE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN LA ADOLESCENCIA” PUBLICADA POR LA CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Muy aconsejable la Guía que publica la **Consejería de Salud de la Junta de Andalucía** sobre “*Aspectos legales de la salud sexual y reproductiva en la adolescencia*”, aunque algunos de sus planteamientos no sean compartidos por algunos Tribunales de Justicia –Léase la mejorable sentencia del TSJ de Cataluña

de 7 de abril de 2010, o por algunas disposiciones autonómicas – léase el art. 10.2 de la Ley 5/2010, de Castilla-La Mancha, donde se afirma que “*en el caso de menores no emancipados se informará también a los padres o tutores*”-.

En esta guía, comparte buena parte de los postulados que podremos encontrar en otro documento igualmente interesante, “*El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia*” de Manuel Amarilla- y así se dice que “*Ni profesionales de la medicina ni el resto de profesionales sanitarios tienen que denunciar ni avisar a la familia de la menor madura (con 12 años cumplidos) que acude a una consulta demandando la anticoncepción de urgencia*” -entiéndase que siempre que se tenga la madurez suficiente, extremo éste que debe valorar exclusivamente el médico-.

Un importante “pero” a lo que dice esta guía, nuestro Código penal prohíbe mantener relaciones sexuales con un menor de 13 años -artículo 183 del CP-.

Como complemento a esta Guía, destacaría la **Guía de Educación Sexual para la Autoafirmación de los Jóvenes, elaborada por la UNESCO** y dada a conocer en el año 2009. Dicha guía separa a los niños en cuatro grupos de edad: de 5 a 8 años, de 9 a 12 años, de 12 a 15 años y de 15 a 18.

5.2.- GUÍA DE SEDACIÓN PALIATIVA OMC Y SECPAL

La Guía incorpora un glosario en el que se recogen los términos más importantes, como la sedación paliativa, enfermedad incurable avanzada, enfermedad terminal, situación de agonía, síntoma refractario y síntoma difícil así como una definición de lo que son los cuidados paliativos.

Utilidad.

1.- Muestra los supuestos en los que está indicada la sedación paliativa/en la agonía, y en qué otros casos no es aceptable la sedación.

Así, comenzando por el final, la guía señala que no cabe instaurar tratamiento para lograr la sedación del enfermo:

- a) si con ello lo que se persigue es aliviar la pena de los familiares o la carga laboral y la angustia de las personas que lo atienden.

- b) si lo que se persigue es una “eutanasia encubierta”.

- c) en los casos de síntomas difíciles de controlar, cuando éstos no han demostrado su condición de refractarios.

Por el contrario, las situaciones más frecuentes que sí son susceptibles de aplicar un tratamiento de cuidados paliativos son a) delirium hiperactivo b) náuseas y vómitos c) disnea d) dolor e) hemorragia masiva f) ansiedad o pánico, y siempre que todos estos casos no se haya respondido a los tratamientos indicados durante un tiempo razonable.

2.- Forma de proceder del profesional en los casos de “sedación paliativa

Debe constar la existencia de un sufrimiento intenso motivado por la existencia de síntomas refractarios, que se haya recabado el consentimiento del enfermo o en su defecto de la familia, y que se haya brindado al paciente la oportunidad de satisfacer sus necesidades sociales, espirituales y familiares.

3.- Forma de proceder del profesional médico en los casos de sedación en la agonía

Que además de la concurrencia de los requisitos anteriores, que los datos clínicos constaten una situación de muerte inminente o muy próxima. Si se tuviera dudas sobre su indicación, la OMC aconseja recabar el parecer de otro colega experimentado, dejando constancia en todo caso de su conclusión en la historia clínica.

Además, recalca que la práctica de este tipo de sedación constituye un deber deontológico “*incluso cuando de ese tratamiento se pudiera derivar, como efecto secundario, una anticipación de la muerte*”.

4.- Distinción entre sedación y eutanasia.

El problema, como puede suponerse, está en si es posible o no una sedación terminal, previa petición del paciente, sin incurrir en el tipo delictivo del 143.4 CP. La frontera entre ambos términos se encuentra, siempre siguiendo a la guía objeto de comentario, en a) la intención b) el procedimiento empleado c) el resultado.

La sedación busca disminuir la conciencia con la dosis mínima necesaria de fármacos para que el paciente deje de percibir el síntoma refractario.

La eutanasia, la muerte anticipada tras la administración de fármacos a dosis letales.

y entiendo que a priori cualquier actuación médica orientada a prolongar esa vida a través de la instauración de tratamientos que solo contribuyen a prolongar en el tiempo el sufrimiento, sería una actuación maleficente.

¿Qué dicen las legislaciones autonómicas al respecto?

Andalucía, Navarra y Aragón ya disponen de sus propias Leyes sobre los derechos de las personas en el proceso de muerte. Todas ellas también incorporan un glosario de términos muy similar –la única que incluye la distinción que hace la OMC en su guía de “*sedación paliativa y sedación en la agonía*” es la Ley foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

Las tres Leyes distinguen dos tipos de pacientes susceptibles de recibir este tipo de tratamientos, o si se prefiere dos tipos de derechos:

- a) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales de calidad, que se reconoce a favor de los pacientes que se encuentren en situación terminal o de agonía.
- b) El derecho de los pacientes al tratamiento de dolor, en este caso a favor de pacientes que sufren un dolor que es refractario al tratamiento específico.

Aunque ninguna de las tres Leyes precisa cuál es la diferencia entre ambos derechos, entiendo que mientras que los pacientes del primer grupo sí son susceptibles de que se les aplique una sedación terminal, entendiéndolo por tal aquella en la que los efectos son irreversibles y van a conducir inexorablemente al fallecimiento del enfermo, en el segundo grupo, en cambio lo que se debe aplicar es una sedación paliativa dirigida exclusivamente a reducir el nivel de conciencia, nada más.

En cualquier caso, éste sigue siendo uno de los puntos débiles de los cuidados paliativos, ¿qué hacemos con los pacientes con síntomas refractarios, que padecen sufrimientos evidentes, sus posibilidades de mejoría nulas, y en cambio, su muerte no parece inminente sino más bien todo lo contrario?.

Este es el paradigma de la obstinación terapéutica,