

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

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

DERECHO SANITARIO

1.- AUTO DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 5 DE GRANADA, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2010.

El aspecto verdaderamente noticiable de esta resolución judicial reside en la imposición de un tratamiento médico a personas sanas a instancia de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía debido a la negativa de algunos padres de vacunar a sus hijos tras la aparición de 36 casos de sarampión detectados en un colegio granadino.

El juez, tras aplicar el triple juicio de proporcionalidad para verificar la legalidad de semejante medida, concluye que existe habilitación legal -Ley Orgánica 3/1986- de modo que la medida en cuestión puede calificarse como idónea, necesaria y proporcionada, pues *“mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no dejan secuela alguna, sin que se asocian enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren en un 5- 15% de los casos, e incluyen otitis media, la rino-traqueobronquitis, neumonía, diarrea, crisis convulsivas febriles, encefalitis y ceguera, siendo los menores de 5 años que viven en malas condiciones o están mal nutridos, los adultos y los pacientes con indeficiencias los que presentan un mayor riesgo de complicaciones graves, conllevando la gravedad del cuadro clínico el Ingreso en Hospital de un elevado número de casos, siendo la tasa de letalidad del sarampión, en los países desarrollados, en torno al 1 por mil”*.

Hasta ahora el único supuesto en el que se ha justificado, desde el punto de vista constitucional, la imposición de tratamiento médico en contra de la voluntad de la persona afectada, ha sido en el caso de los internos en instituciones penitenciarias, apelando para ello a la relación de sujeción especial que les vincula con la Administración – SSTC 120/90 y

137/90 que desestiman el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que consideró ajustada a derecho la asistencia médica a reclusos del GRAPO en huelga de hambre-

No obstante, también se podrían haber valorado por el juez otras alternativas menos gravosas, como la expulsión de los niños no vacunados, una medida ésta sobre la que ya se pronunció el TSJ de Cataluña en su sentencia de 28 de marzo de 2000. En este caso se cuestionaba la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona por la que se dejaba sin efecto la matrícula concedida a una menor para ingresar en un centro vinculado a dicha Universidad ante la negativa de sus padres a que le fuese inoculado cualquier tipo de vacuna; la STSJ de La Rioja núm. 134/2002, de 2 de abril, en la que se impugnaba una resolución de la Comunidad Autónoma de La Rioja por la que se dejaba sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor ante la negativa de la madre a que fuese vacunada.

2.- SENTENCIA 132/2010, DE 2 DE DICIEMBRE DE 2010. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 4542-2001. PLANTEADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 8 DE A CORUÑA EN RELACIÓN CON LOS PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ARTÍCULO 763.1 DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña tiene por objeto determinar la posible inconstitucionalidad del art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), por infracción de la reserva de Ley orgánica establecida en los arts. 17.1 y 81.1 CE.

El art. 763.1 LEC regula tanto la habilitación al Juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos como las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña entiende, de acuerdo con la doctrina establecida

en la STC 129/1999, de 1 de julio, que el art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en cuanto establece uno de los supuestos en que cabe privar a una persona de su libertad, debiera haber sido aprobado con el carácter de Ley orgánica, ha de ser considerado inconstitucional por infringir los arts. 17.1 y 81.1 CE.

El Fiscal General del Estado comparte el parecer del órgano judicial, en tanto que el Abogado del Estado defiende la constitucionalidad del art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley de enjuiciamiento civil con el argumento de que la doctrina invocada por el Juzgado -y el propio art. 17.1 CE- se refiere a los supuestos de privación de libertad en el ámbito penal, siendo así que la medida de internamiento en establecimiento de salud mental contemplada en el precepto cuestionado estaría conectada con el art. 49 CE, de cuyo mandato sería una concreción en garantía de los derechos de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad parcial del art. 763 de la LEC, en concreto los siguientes incisos del art. 763.1 párrafo primero y párrafo tercero respectivamente:

- a) *"El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial"*
- b) *"La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida"*

Ahora bien, el TC consciente de los demoledores efectos que una declaración de esta naturaleza puede acarrear establece lo siguiente *"A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material"(...)* *"Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica."*

3.- SENTENCIA DEL TS DE 6 DE JUNIO DE 2011.

En el curso de una relación de pareja (heterosexual), el varón, conocedor al menos desde el año 1994 de que estaba infectado con el Virus de inmu-

nodeficiencia Humana (VIH), y que había sido informado por los médicos de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, mantuvo relaciones sexuales con su pareja sin comunicarle nada sobre su estado de salud, usando como medio de protección en sus relaciones el preservativo.

A pesar de ello, y tal y como se recoge en los hechos declarados probados, en al menos *"cuatro o cinco veces"* el preservativo se rompió, por lo que, a resultas de estos *"accidentes"*, su pareja quedó embarazada y dio a luz en el mes de agosto de 1997 una niña aparentemente sana y que poco tiempo después cayó gravemente enferma, ingresando en el Hospital Gregorio Marañón, donde se descubrió que estaba infectada de SIDA. La menor fue contagiada por su madre durante el parto (transmisión vertical).

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

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

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

PROFESIONES SANITARIAS

1.- STS DE 12 DE JULIO DE 2010.

El TS confirma la legalidad de la previsión recogida en el Anexo al V Convenio marco Estatal de Servicios de las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal en lo que se refiere a las funciones de los gerocultores y la aplicación de fármacos por vía subcutánea.

La Sala entiende que hay cuidados que el propio enfermo puede llevar a cabo por sí mismo, como es el caso de la administración de insulina o heparina por vía subcutánea, de modo que no toda administración de medicación por vía parenteral es idéntica ni comporta las mismas exigencias de conocimientos para su aplicación. Por este motivo entiende que resulta perfectamente admisible que sea el gerocultor el que pueda suplir la falta de capacidad personal del enfermo para ayudarle cuando no pueda hacerlo por sí mismo, teniendo en cuenta que *“aunque la subcutánea es una forma de administrar medicamentos por vía parenteral, en absoluto tiene la complejidad y los riesgos de la vía intravenosa o intramuscular. Si a eso se añade el importante dato de que siempre habrá que actuar el gerocultor bajo supervisión médica, en ausencia de ATS/DUE, y bajo sus instrucciones, y que además, tal y como se destaca en la sentencia recurrida, que el gerocultor recibe una formación específica para realizar esas funciones, nada hay que deba impedir entonces que en el ámbito de que se trata, se puedan llevar a cabo las discutidas funciones por los gerocultores...”*

Lo verdaderamente sorprendente es que el TS en una sentencia anterior de **2 de diciembre de 2008**, declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Comisión Paritaria del IV Convenio Marco estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes, en el que se recogía la posibilidad de que los gerocultores, en ausencia de la enfermera puedan utilizar la vía subcutánea para administrar insulina y heparina a los residentes.

En este otro caso, el TS dijo que no resultaban admisibles este tipo de actuaciones, sin que, además, se pudiesen establecer comparaciones con otros supuestos similares, como el suministro de fármacos a los escolares por parte de los cuidadores de centros de educación especial – STS de 16 de junio de 1993- ya que en este último caso se trataba de una actividad meramente mecánica, no una práctica médica que comporta una acción invasiva.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2011. REGISTROS DE PROFESIONALES SANITARIOS

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

El motivo de la discordia no es otro que la inclusión en el Registro de los profesionales sanitarios del SNS, y de los registros de los profesionales sanitarios de las distintas CCAA, de los datos correspondientes a los reconocimientos de titulaciones obtenidas en el extranjero para el ejercicio de la profesión en nuestro país -DA Tercera del RD 1837/2008-

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

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

Pero es que el respaldo legal de estos otros registros complementarios no se agota en el mencionado art. 5.2 de la LOPS, sino que también a ellos se refiere el art. 8.4 y el art 43, ambos del mismo texto legal, el art. 13 de la Ley 41/2002, el art. 53 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, o el art. 16 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, sin que por otra parte exista norma alguna que imponga a la Administración del Estado la obligación de comunicar a las Corporaciones profesionales los reconocimientos otorgados.

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

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1.- SENTENCIA DEL TS DE 8 DE OCTUBRE DE 2010. CESIÓN DE DATOS PERSONALES DE ANCIANOS DE UNA RESIDENCIA A UNA OFICINA DE FARMACIA.

Centro residencial de mayores que presta a sus internos (ancianos) un servicio de atención integral de

todas sus necesidades, incluidas las de acceso a medicamentos y artículos de higiene personal. Considera que la prestación de esa concreta asistencia solo puede realizarse mediante la confección de un pedido a la farmacia y con la facilitación de los datos de cada persona a los efectos de cobro. La Residencia considera que la cesión de datos realizada a la farmacia se encuentra amparada por el artículo 11.2.c) de la Ley Orgánica 15/1999, y por tanto no es preciso recabar el consentimiento de los residentes.

El artículo 11.2.c) de la Ley Orgánica 15/1999 que, como excepción a la regla general de la necesidad del consentimiento del interesado para la comunicación de datos a un tercero, prevé que no será preciso "*Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros*"

¿Qué dice el Tribunal Supremo?

"Mal puede sostenerse que en el caso de autos la prestación del servicio farmacéutico y parafarmacéutico por parte de la recurrente a sus residentes fuera precedida de una información expresa en la que se hiciera saber a éstos la facilitación de sus datos de carácter personal a la oficina de farmacia, ni que la información requerida esté implícita en la relación jurídica aceptada por los residentes, aún cuando se admita que la relación de mención abarca una asistencia integral que incluye el servicio farmacéutico y parafarmacéutico, ya que para llegar a aceptar esto último, sería necesario al menos compartir la idea de que la única forma posible para la prestación de ese específico servicio es la adoptada por la recurrente, lo que con rotundidad negamos, ya que es obvio que otros medios distintos al adoptado existen para el cumplimiento de aquellos servicios"

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- STS DE 26 DE ENERO DE 2011. CESIÓN ILEGAL DE MANO DE OBRA EN EL MARCO DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS.

La sentencia objeto de comentario gira en torno al art. 43 del TRET y la siempre difícil separación entre lo que constituye la cesión ilegal de mano de obra y la descentralización productiva lícita.

La recurrente presta servicios con la categoría de limpiadora en una empresa contratista, en concreto realizando labores de encargada en la vivienda tutelada de mayores del Ayuntamiento de San Bartolomé

de Tirajana. Consta que la interesada no lleva uniforme de la empresa, recibe las órdenes de dirección y ejecución de la coordinadora de la Concejalía, no ha recibido cursos de formación por la empresa y los servicios los prestaba empleando los medios materiales que le proporcionaba el propio Ayuntamiento.

Estos y otros datos constituyen serios indicios de la presencia de una cesión ilegal de mano de obra. Ahora bien, ¿cabría defender que, en realidad, la Administración cuando adoptaba estas medidas de índole organizativa, lo era en el ejercicio legítimo de las prerrogativas reconocidas en la LCSP, y en concreto, de las facultades para dar instrucciones al contratista y de vigilar la ejecución del contrato?

El TS considera que no podemos confundir el régimen de prerrogativas de la LCSP con la dirección exclusiva del trabajo por parte de la Administración en lugar de la empresa contratista -luego parece que podría ser viable si la dirección de los trabajos fuese compartida- y además señala que no podemos invocar las cláusulas del contrato para justificar este proceder ya que tales cláusulas "*no pueden obligar a terceros, y no pueden vulnerar preceptos legales imperativos*".

2.- SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2011 DEL TSJ DE MADRID

El Tribunal Superior de Justicia reconoce la legitimación a una empresa distribuidora de productos farmacéuticos que recurrió el Pliego de Prescripciones Técnicas -PTT- en una licitación del Servicio Madrileño de Salud aunque no participó en la licitación.

Respecto a esta primera cuestión, la Administración consideraba que la entidad mercantil recurrente carecía de legitimación para interponer el recurso al no participar en él. Sin embargo la Sala entiende que sí existe legitimación ya que lo impugnado no es el acto de adjudicación sino los pliegos, y además la recurrente sí que ostentaba la titularidad de un interés legítimo, pues lo que impugnaba eran los lotes del PTT en los que excluían a oferentes de medicamentos solo por no ser genéricos, o daban una preferencia injustificadas a estos últimos medicamentos, de modo que "*su anulación le produce un beneficio al poder participar en el concurso con otro pliego de condiciones distinto*".

En este sentido y en relación con el tema de la legitimación activa, la LCSP establece que el recurso especial puede ser interpuesto por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados y, en todo caso, por los licitadores. Así pues, el pro-

pio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación activa para recurrir no sólo a los que han participado en la licitación, pues los licitadores están siempre legitimados, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o bien puedan ser afectados.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia es bastante elocuente cuando afirma en el Fundamento Jurídico Cuarto que *“el artículo 101, apartado segundo de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, dispone que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, añadiendo el apartado octavo que salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».*

En el caso debatido, el Pliego de Prescripciones Técnicas en 16 de los 63 lotes especificaba expresamente “Debe ser Especialidad Farmacéutica Genérica”, excluyendo, por tanto, de la posibilidad de licitar a los laboratorios cuyos medicamentos no tuvieran la condición de medicamentos genéricos y en el lote nº 26 se recogía “Preferiblemente Especialidad Farmacéutica Genérica”, con lo que se primaba a aquellos licitadores que ofertaran medicamentos genéricos sobre aquellos que no lo son, por lo que es evidente, tal y como sostiene el Juzgador de la Instancia que se restringe la libre concurrencia en materia contractual a prohibir concurrir a la licitación a determinadas empresas oferentes de medicamentos, por el solo hecho de no ser genéricos, debiendo señalar que mientras estén autorizadas las especialidades farmacéuticas, no existe razón alguna para que las empresas titulares de dichas especialidades farmacéuticas no puedan concurrir a estos contratos, en términos de igualdad con aquellas otras que ofrecen medicamentos genéricos.

PROPIEDAD INTELECTUAL

JUZGADO MERCANTIL Nº 6 DE BARCELONA. SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2011. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA. SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2011.

La Asociación catalana de entidades de salud (ACES) pretende que se declare por el juzgado que la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de los establecimientos hospitalarios no constituye acto de comunicación pública, que la habitación de un hospital constituye un ámbito estrictamente doméstico, y que como consecuencia de lo anterior, las tarifas de establecimientos asimilados a los de Alojamiento y Hospedaje no son aplicables a los hospitales.

El titular del juzgado nº 6 interpreta respecto del primero de los pedimentos, que la puesta a disposición de los pacientes que se encuentran ingresados en una clínica o en un hospital debe ser, a los efectos de lo dispuesto en el art. 20 de la LPI, calificado de acto de comunicación pública. Ahora bien, cuestión distinta es determinar si dicho acto de comunicación pública merece o no la consideración de acto que se desarrolla en el ámbito estrictamente doméstico, a los efectos de que comprobar si se puede aplicar la excepción prevista en el punto 1.º del citado art. 20.

La parte demandada considera que no es factible en este caso la aplicación de esta excepción por dos motivos:

a) La habitación de un hospital no merece la calificación de ámbito estrictamente doméstico, apoyándose a tal efecto en la **sentencia del TSJUE de 7 de diciembre de 2006**, en la que se refiere a los *“hospitales, clínicas o sanatorios”* como *“establecimientos asimilados a los alojamiento y hospedaje”*.

b) Aún en el caso de merecer tal calificación, no sería posible la aplicación de la excepción prevista en el art. 20, en la medida que se utiliza una única red, que difunde desde una única antena, la señal a todos los aparatos receptores instalados en el establecimiento hospitalario.

Comenzando por el final, el juez desestima este segundo argumento, pues *“lo relevante a los efectos de determinar la aplicación de la exención prevista en el art. 20.1.2º, no es si el aparato de TV está o no conectado a una red de difusión, sino el espacio en el que el aparato se sitúa, si se encuentra en un lugar en el que concurren los elementos para calificarlo como ámbito estrictamente doméstico, o por el contrario está situado en un lugar que carece de tal carácter”*.

Pero, ¿cuáles son los elementos que integran este ámbito doméstico?

Tres son los elementos cuya concurrencia hay que valorar, a) el elemento personal –que concurre, ya que acceden a la habitación no solo el personal sanitario sino también familiares y allegados-; b) el elemento espacial -cumple una función asimilable a la de la habitación del domicilio-; c) elemento de gratuidad.

Este último es el factor clave para determinar si se debe o no abonar por parte del centro sanitario el precio correspondiente a la tarifa preestablecida. Así pues, si el establecimiento se limita a poner a disposición de los pacientes el aparato receptor y la señal, la habitación tendrá la consideración de ámbito estrictamente doméstico.

Pero si el hospital percibe algún tipo de remuneración a cambio de permitir que el paciente tenga acceso a la señal, nos encontraremos ante un ámbito que no puede ser calificado como estrictamente doméstico, y por tanto el titular de la obra o de los derechos afines tendrá derecho a ser remunerado.

En definitiva, únicamente quedan exentos del pago de este tipo de tarifas los hospitales o clínicas en las que el paciente no satisfaga cantidad alguna ya sea a la propia clínica o a un tercero, para poder ver la televisión en su habitación.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Álava en su sentencia de 19 de enero de 2011 va más allá, y admite que se deba abonar dicho canon pese a los pacientes ingresados no realizan desembolso alguno para disfrutar de los servicios de TV. La AP entra a conocer del caso a raíz del recurso interpuesto por la Sociedad de Gestión (AISGE) contra la sentencia de instancia que había absuelto a la Clínica Maternal Nuestra Señora de la Esperanza de tener que pagar la remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales a través de los televisores instalados en sus habitaciones.

La clínica ofrece la posibilidad de que el paciente pueda encender directamente el aparato para poder ver la televisión, sin tener que abonar cantidad alguna conforme se desprende de la propia publicidad que de la clínica aparece en Internet, donde se destaca que ofrece a sus pacientes el servicio de televisión.

Pues bien, según la Audiencia Provincial estamos ante una actividad empresarial, al igual que lo es la actividad hotelera, pues así se desprende de la propia publicidad de la clínica, de modo que habrá que entender que algún tipo de beneficio obtiene de dicho ofrecimiento, y por tanto habrá que aplicar la misma

doctrina jurisprudencial que para los establecimientos hoteleros.

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

2.- LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y LA OBLIGACIÓN DE RESULTADOS EN LAS INTERVENCIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA. SENTENCIA DEL TS, SALA DE LO CIVIL, DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2010.

La reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por un inadecuado control postoperatorio de una herida quirúrgica tras habersele practicado a la paciente una abdominoplastia, sirve al TS para revisar la tradicional distinción entre obligación de medios y obligación de resultados. El Alto Tribunal pulveriza tal distinción por entender que la obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y que *“la intervención médica está sujeta al componente aleatorio, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultas de cualquier otro tipo de cirugía. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico (...) al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad.”*

En esta misma línea ya se había pronunciado el TS en sentencia de 20 noviembre 2009 al señalar que, *“los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológica”*. En definitiva, el médico sólo responde de la no consecución del resultado pretendido si se acordó expresamente o se garantizó al paciente.

Las cuestiones que se podrían plantear son:

a) ¿Incide este tipo de pronunciamientos judiciales en la intensidad de la información que debe suministrarse en este tipo de intervenciones?

Recordemos que los Tribunales de Justicia otorgan gran relevancia a la falta de información según se

trata de supuestos de medicina asistencial o de medicina voluntaria, pues en este último caso -que como hemos visto incluye las intervenciones quirúrgicas de estética-, habría que informar de “cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia...” (STS 21 de octubre de 2005). En este caso, la demandante se sometió a una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices en la región del mentón, tras lo cual le apareció un queloide debido a la predisposición genética de ciertos pacientes “se trata por lo tanto de un riesgo previsible, que aunque muy improbable, lo que excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía, y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa...”

b) ¿Qué sucede si, en efecto, se hubiese pactado el resultado con el paciente? ¿Surgiría automáticamente la responsabilidad del profesional sanitario por el hecho de no haberse conseguido el resultado pactado aún cuando la intervención se hubiese ajustado a los parámetros de la “lex artis”?

3.- STS DE 15 DE FEBRERO DE 2011. EL ESTADO ACTUAL DE LA CIENCIA COMO CLÁUSULA DE PROGRESO PARA EXIMIR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Verano de 1982. Un lactante es ingresado en el Hospital Reina Sofía de Córdoba, y, para combatir un problema respiratorio con fiebre, se le suministra aspirina. Poco tiempo después desarrolla el Síndrome de Reye, que, entre otras manifestaciones, comporta retraso mental.

Los padres, para quienes existe una evidente conexión entre el suministro del fármaco en cuestión y la discapacidad mental sobrevenida, tras haber perdido en todas las instancias, administrativa y jurisdiccional, interponen recurso de casación ante el TS para que sea éste el que dilucide si en 1982 debía un profesional competente de la medicina saber que la administración de aspirina a los niños puede causar el síndrome de Reye o no. El examen del material probatorio permite concluir de forma contundente que estaríamos ante un supuesto del **art. 141 de la Ley 30/1992**, ya que “sólo es 1986 se estableció oficialmente el deber de informar sobre el referido riesgo inherente a la administración de aspirina a los niños (...) y así, dado que los hechos examinados acaecieron en 1982, la conclusión de que la

Administración sanitaria no vulneró la lex artis es correcta” “fue en 1982 cuando la máxima autoridad sanitaria norteamericana comenzó a recomendar – en ningún caso a ordenar- prudencia en el uso de la aspirina con niño-”.

Pero, ¿y si hubiésemos estado ante el mismo caso pero en una clínica privada? **El artículo 140.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007**, de 16 de noviembre, establece que “En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).” –Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permita apreciar la existencia del defecto-.

5.- STC DE 28 DE MARZO DE 2011.

El recurrente en amparo ingresa en el servicio de urgencias de una clínica presentando dolor precordial. Es sometido a un cateterismo cardíaco por vía radial derecha pero sin que se le informara de las posibles consecuencias de la intervención y sin que se hubiera obtenido previamente su consentimiento para la práctica de la misma. Tras la intervención, la mano derecha del recurrente evolucionó negativamente hasta sufrir su pérdida funcional total.

El derecho a la integridad física y moral engloba la facultad de la persona de oponerse a la asistencia médica en el ejercicio de su derecho de autodeterminación, de modo que el derecho fundamental del art. 15 de la CE se verá afectado cuando se realice una intervención médica en contra de la voluntad del interesado. Ahora bien, ¿cabe entender que también se violenta este mismo derecho fundamental en los casos en que la intervención médica no haya ido precedida de una información adecuada sobre la misma?

El TC hace un repaso por el derecho supranacional y la jurisprudencia del TEDH sobre el consentimiento del paciente y el derecho a la integridad física para concluir que la facultad de consentir, de decidir sobre actos médicos, necesita que el paciente previamente haya recibido la información médica adecuada. “De esta manera el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente relacionados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir...”

Descendiendo al derecho interno, la cuestión suscitada debe ser analizada a la luz de la Ley 41/2002, y la regu-

lación que, de forma separada, se hace del derecho a la información y el derecho al consentimiento informado. Así respecto del primero, destaca los artículos 4 y 5 de la ley en los que se consagra el derecho del paciente a ser informado, con las excepciones previstas en la ley, *“permitiéndose la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica.”*

En cuanto al consentimiento informado el legislador *“permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan solo en los casos de riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”*.

En el caso que juzga el TC no se aprecia la existencia de una situación de riesgo que justifique la omisión del consentimiento informado, ya que *“no basta con que exista una situación de riesgo (...) sino que aquél ha de estar cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad...”*

En este caso concreto, y aunque el recurrente ingresó en urgencias, *“el cateterismo no se le practicó hasta la mañana siguiente, de modo que el lapso de tiempo transcurrido parece suficientemente amplio como para que, una vez que los facultativos entendieron procedente la realización del cateterismo como solución para la dolencia del actor, éste fuera informado sobre las consecuencias, riesgos y contraindicaciones de la intervención...”*. En consecuencia, *“hemos de concluir que se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física...”*.

La trascendencia práctica de esta sentencia podría pasar desapercibida, si tenemos en cuenta que son frecuentes los pronunciamientos judiciales que reconocen el derecho a ser resarcido por daño moral cuando el paciente, que ha sufrido daños a raíz de la asistencia sanitaria recibida, no ha sido debidamente informado de los riesgos. Pero la relevancia de esta sentencia radica en que deja abierta la posibilidad de que, a partir de ahora, y ante una sentencia desestimatoria, el paciente pueda acudir en amparo ante el TC por la vía de la violación de un derecho fundamental y así, obtener la indemnización que la justicia ordinaria le ha denegado.

6.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010.

El consentimiento informado de la parturienta a los efectos de decidir cómo debe finalizar el parto, si

mediante cesárea o por parto vaginal, constituye el eje central de esta sentencia donde se enjuicia la labor de los profesionales sanitarios que asistieron al nacimiento del hijo de la recurrente, que presentó una distocia de hombros, si bien del informe pericial se desprende que el bebé no padeció ningún problema neurológico.

Así pues la inexistencia de daño físico podría haber servido como motivo suficiente para que la Sala, directamente, hubiese dictado sentencia desestimatoria, ya que además queda acreditado que no hubo infracción alguna de la lex artis ya que el embarazo no era de riesgo, no estaba aconsejada la cesárea y no se podía prever la distocia de hombros. Pero, ¿qué sucede en cuanto a la infracción de las exigencias derivadas del consentimiento informado?

La Sala se alinea en el sentido recogido en las últimas sentencias del TS de considerar, frente a lo que dijera en un principio el TS en su sentencia de 4 de abril de 2000, que la mera falta o ausencia de aquél - consentimiento informado- no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico -STS de 30 de junio de 2009-. Pero es más, considera que en estos casos, no cabe reconocer derecho a elegir entre otras posibles alternativas, pues *“resultando acreditado por los informes médicos que la cesárea es una intervención mayor con un porcentaje de mortalidad mucho mayor que en los partos por vía vaginal, no se justifica que sea la paciente la que decida sobre la forma de terminación del parto”*.

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Frente al criterio sostenido por el TSJ de Castilla y León en su sentencia de 30 de septiembre de 2010 en relación con la capacidad de la mujer embarazada para decidir cómo quiere que tenga lugar el parto, nuestro Alto Tribunal se vuelca en esta sentencia decididamente a favor de la tesis autonomista.

En este caso se trataba de una mujer embarazada con diabetes insulínica dependiente, con antecedentes personales de adicción a drogas por vía parenteral, que con una edad gestacional de 35 semanas acude a Urgencias por contracciones, siendo diagnosticada de amenaza de parto pretérmino. Al día siguiente se produce el alumbramiento por vía vaginal de una niña con presentación podálica, si bien hubo que emplear un fórceps de cabeza para la última extracción. La recién nacida fue ingresada en neonatología y se informó a la madre de la presencia de hemorragia grado 1 periventricular. Tres años después se ha

emitido dictamen técnico facultativo concediendo a la menor un grado de minusvalía de 75% por presentar retraso madurativo por encefalopatía cuya etiología es el sufrimiento fetal perinatal.

Desde el punto de la vista de la *lex artis* material, no se cuestionan los métodos empleados por los profesionales una vez iniciado el parto por vía vaginal, *“que deben considerarse como tratamientos correctos y adecuados a la “lex artis ad hoc”*. Ahora bien, pese a que el parto se desarrolla habiendo empleado como digo los facultativos todas las reglas propias de la *lex artis*, la Sala llama la atención sobre el dato de que el dictamen técnico facultativo emitido tres años después concluya que la etiología de la encefalopatía de la menor haya sido el sufrimiento fetal perinatal, lo que conduce a pensar que en este caso concreto, la cesárea *“habría evitado las gravísimas lesiones que sufrió la hija de la recurrente”*.

Y llegados a este punto, se plantea si hubo o no **privación de la capacidad de la mujer a decidir al respecto, y si los facultativos informaron a la paciente de la posibilidad de finalizar el parto por cesárea**, en vez de hacerlo por vía vaginal. Vaya por delante, que, según los protocolos de la SEGO, éstos no establecen que sea preceptivo recurrir a una cesárea en el caso de presentación podálica, es más, esta sociedad científica admite que la finalización de un parto de nalgas mediante cesárea representa mucho mayor riesgo para el feto.

Pues bien, la tensión entre la *“autonomía científica y técnica”* del profesional sanitario, reconocida en el artículo 5 de la LOPS y la *“autonomía decisoria”* del enfermo, es resuelta por el TS a favor de esta última manifestación autonomista, y rechaza el argumento empleado por la compañía aseguradora de que la primacía de la capacidad de decidir del paciente tendría como efecto el aumento de la *“cesárea a demanda”*, *que no sólo no es postulable en una correcta asistencia médica sino que, de hacerlo contravendría lo dispuesto en los Protocolos de la SEGO”*.

El TS, en cambio, considera que en este caso concreto de embarazo de alto riesgo por la patología asociada, la prematuridad y otros factores añadidos, determina que *“en el momento que tienen conocimiento los facultativos que se trata de una presentación podálica, deberían haber informado a la gestante de los riesgos potenciales que se derivan de la asistencia de un parto de nalgas ofreciéndole la posibilidad de la finalización del parto mediante cesárea si ella lo hubiera decidido así, si ella no hubiera asumido los riesgos de un parto vaginal”*.

La traducción económica de este quebranto de la *“lex artis”* en concepto de **daño moral por no haberle brindado a la madre la posibilidad de asumir este riesgo**, queda fijada por el Tribunal en 50.000 euros.

La repercusión de esta sentencia no puede ser pasada por alto, ya que inclina el fiel de la balanza claramente a favor de la paciente y en detrimento de la autonomía técnica de profesional, al menos en los casos en que existan riesgos manifiestos asociados a patologías de la madre, tamaño del feto, presentación fetal u otros con relevancia clínica. Pero, ¿podemos mantener este mismo criterio en aquellos supuestos en lo que no existen datos médicos perturbadores que hagan sospechar posibles complicaciones llegado el momento del parto?

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares se decanta por una visión expansiva del derecho de la mujer a decidir sobre la forma de terminación del parto. Así es, en su sentencia de 1 de julio de 2009 declara probado que la actuación de los profesionales desde el punto de vista técnico fue correcta, ya que en atención a las características de la madre y del feto no estaba aconsejada según protocolo la práctica de una cesárea; sin embargo considera que en la medida que no hubo consentimiento informado se vulneró el derecho a decidir de la madre, y por tanto, ese defecto del consentimiento informado representa, como ya dijera en el año 2000 nuestro Alto Tribunal, un incumplimiento de la *lex artis* al revelar *“una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, que constituye supuesto o causa de responsabilidad”*, y todo ello aunque estemos ante un proceso fisiológico, natural, que necesariamente debe desembocar en el alumbramiento del feto.

A la luz de estos pronunciamientos, ¿cuál debe ser el alcance, la extensión de esta capacidad de autodeterminación de la mujer embarazada? ¿Habría que parcelar la aplicación de este principio autonomista exclusivamente a la libre elección entre parto vaginal y parto por cesárea, o también podríamos invocarlo para el resto de las decisiones que deben ser adoptadas con ocasión de un parto, todas ellas con una gran trascendencia para el futuro bienestar del feto, como por ejemplo, si procede o no el uso de ventosa? ¿Podemos entender que en todos los embarazos, sean o no de riesgo, privar a la mujer de la capacidad de decidir supone, conforme a la reciente STC 28 de marzo de 2011 sobre la trascendencia de la omisión del requisito del consentimiento informado, un atentado a su dignidad personal y a su derecho a la integridad física? ¿O por el contrario, hay que acotar la vigencia del principio de autonomía de la mujer em-

barazada exclusivamente a la elección de la vía del parto, y solo en aquellos casos en los que se trate de embarazos que, por diversos factores, hagan pensar en la posible existencia de importantes complicaciones con graves y serios riesgos para la salud del feto?

8.- SENTENCIA DEL TS DE 11 DE FEBRERO DE 2011. MODIFICACIÓN DEL ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO YA PRESTADO POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS.

Mujer embarazada de gemelos que, momentos antes del parto, había sido informada y había consentido expresamente para que se le practicase una ligadura de trompas.

Llegado el momento del alumbramiento, la facultativa, que asiste a la mujer en el parto, al sacar a uno de los niños advierte la falta de respuesta por parte del bebé, por lo que hace entrega del mismo a los neonatólogos. Cuando le comunican el fallecimiento del bebé, ya se había practicado la ligadura de trompas previamente acordada con la paciente.

La paciente considera que se han conculcado sus derechos a la información y obtención del consentimiento informado, al haberse producido un hecho novedoso como es el nacimiento sin vida de uno de los fetos, circunstancia que, con carácter previo, debería habersele puesto de manifiesto, ya que el deber de informar no se agota con la obtención del consentimiento informado, sino que la información asistencial ha de ser continuada.

Además, entiende la parte recurrente que esta nueva situación provocada por el fallecimiento del feto, invalida el consentimiento informado otorgado para la práctica de la ligadura de trompas.

No comparte el TS las apreciaciones de la parte recurrente ya que *“hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas (...) y lo que no es posible es convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada por el fallecimiento de una de las gemelas desde el momento en que la paciente, al otorgar el consentimiento, no hizo constar en modo alguno que era condicionado, y que cuando la facultativa saca al niño y lo pone en manos de los neonatólogos, ante la falta de respuesta, desconocía su fallecimiento, de tal forma que cuando le comunican el fallecimiento ya había practicado la ligadura de trompas que es lo que precisamente había solicitado...”*

MEDICAMENTOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JUNIO DE 2011. RESPONSABILIDAD POR DEFECTUOSA INFORMACIÓN DE EFECTOS ADVERSOS EN EL PROSPECTO DEL MEDICAMENTO.

La sentencia del TS confirma la sentencia recurrida que considera que el medicamento Agreal comercializado por el laboratorio médico Sanofi-Aventis, S.A. es defectuoso en sentido legal por insuficiencia del contenido del prospecto con el cual venía siendo comercializado en España.

Como dice el Supremo *“Junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en el ámbito del derecho sanitario, y es lo cierto, y así lo avalan las pruebas que valoran las sentencias, que Agreal producía unos efectos adversos (...) que no estaban incluidos en el prospecto con el cual era comercializado ni tampoco estaban en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, al menos las que no ofrecen discusión...”*

RECURSOS HUMANOS

1.- SENTENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO DE 12 DE MAYO DE 2010.

Nulidad de la base primera de la convocatoria del proceso selectivo para el ascenso a la categoría de suboficial de investigación criminal de la Ertzaintza. La referida base establece que el nº de las plazas que se convocan es de 60, de las cuales 30 serán cubiertas por mujeres y otras 30 por el resto de aspirantes que mayor puntuación obtengan.

Para ello el TSJ recuerda que no existe ninguna norma con rango de ley nacional o autonómica que prevea reserva de plazas a favor de mujeres en el acceso a la función pública, en la promoción o provisión, y en segundo lugar una normativa nacional que estableciera una preferencia automática e incondicional a favor de las mujeres resultaría contraria a Derecho Comunitario. Las sentencias del TJUE han reconocido que *una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentren infra-representadas debe considerarse compatible con el Derecho Comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos* (STJUE de 407/1998), y la sentencia del TJUE de 6 de Julio de

2000 establece también *la oposición a derecho comunitario de la normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, deba ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto.*

2.- PERSONAL INTERINO Y PERSONAL EVENTUAL. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010.

La cuestión principal sobre la que versa la sentencia objeto de análisis gira en torno a si debe o no ser cesado el interino por vacante ante la incorporación a la plaza de un titular cuando éste, inmediatamente después del acto de toma de posesión, obtiene una comisión de servicios en otra plaza diferente.

En primer lugar la Sala rechaza las razones esgrimidas por la Administración, apoyadas en diversas sentencias dictadas por el TS en las que se defendía la permanencia del mismo interino que venía ocupando la plaza disputada aunque fuese como sustituto, ya que se trata de sentencias dictadas por la Sala de lo Social aplicando unos principios más propios de la relación laboral que de la relación administrativa, en la que desempeñan un papel predominante principios típicos del derecho administrativo como el de igualdad, publicidad y transparencia en el acceso a cargos públicos.

No obstante se reconoce de antemano la posibilidad de que puedan existir argumentos a favor de una y de otra postura, lo que exige un estudio en detalle del art. 9 del Estatuto Marco –EM–, en concreto de sus apartados 2 –personal interino– y 4 –personal eventual–

El 9.2 establece como causa objetiva de cese del personal estatutario interino la “*incorporación*” del personal fijo, pero ¿debe tratarse de una **incorporación efectiva** o no?

La respuesta a esta interrogante se puede obtener atendiendo a una interpretación sistemática del referido precepto legal para lo que resulta ineludible analizar el artículo 9.4, según el cual, el sustituto debe cesar cuando se reincorpore la persona a la que sustituye, o bien cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función, de modo que el EM no tolera la continuidad del personal temporal sustituto como interino. En efecto, en el caso en que el titular pierda su derecho a reincorporarse a su plaza de origen –por ejemplo, en el caso de jubilación–, la ley exige el cese aunque ni el titular de la plaza ni ningún otro vayan a incorporarse.

Este mismo criterio habría que aplicar igualmente para el caso del personal temporal interino, pues “*es inútil pretender hacer una interpretación no formal del art. 9.2, permitiendo la transformación directa del interino en sustituto cuando el art. 9.4 de la ley demuestra que un mero cambio de situación jurídica en el titular, que deja la plaza exactamente igual de falta de cobertura, y que se produce sin solución de continuidad alguna, es causa para el cese. Dicho de otra forma, las razones de beneficio para el servicio que pudieran darse en un caso se darían también en otro, y sin embargo la ley no las considera suficientes para permitir la continuidad del personal temporal*”.

Tan solo cabría defender la permanencia del personal sustituto en los casos en los que el cambio en la situación jurídica del titular de la plaza no suponga pérdida de la reserva de la misma –por ejemplo, baja médica derivada de embarazo y posterior pase a licencia por maternidad–.

3.- SENTENCIA DEL TS DE 26 DE OCTUBRE DE 2010. COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD Y PERSONAL SUJETO A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA PARA LA FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS EN CIENCIAS DE LA SALUD.

La cuestión central que se ventila en esta sentencia consiste en determinar si resulta de aplicación supletoria el **artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores** en relación con los trienios en el caso del personal laboral sanitario vinculado a la Administración Sanitaria por la relación laboral especial de residencia regulada en el **RD 1146/2006**.

La citada norma reglamentaria no contempla la percepción por parte de este colectivo de ningún complemento de antigüedad, a lo que habría que añadir que el art. 1.4 del reglamento establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial de residencia “*se regularán por este Real Decreto y con carácter supletorio por el Estatuto de los Trabajadores y por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, convenios colectivos y la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo*”.

Pues bien, en contra de lo que pudiera parecer a simple vista, el TS rechaza tanto la supletoriedad del Estatuto de los Trabajadores en este punto (en concreto su artículo 15.6) así como la aplicación de la polémica Directiva 1999/70 –sección Jurisprudencia e Informes del volumen nº 1 Enero-Junio 2011 de la Revista, comentario a la STJUE sobre la retroactivi-

dad de los efectos económicos derivados del reconocimiento de trienios- ya que considera que *“estamos ante una relación de trabajo con singularidades suficientes que pueden justificar la ausencia de previsión sobre el abono de trienios (...) estamos en presencia de una relación laboral de intensísima índole formativa y contornos propios en la que (...) lo verdaderamente significativo es que la antigüedad tiene su propio tratamiento...”* (...) *“Ciertamente que existe una diferencia retributiva entre el personal fijo y los residentes en formación, pero esa distinción está perfecta y objetivamente justificada, pues se asienta en elementos ajenos completamente alejados de la idea de trato discriminatorio o desigual...”*

Ahora bien, la Sala no ha tenido en cuenta el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP-. El art. 11 del EBEP ha venido a crear una nueva relación laboral especial, la relación laboral especial del empleado público, que a tenor de lo previsto en los artículos 7 del EBEP y 3.1 del TREET se regirá en primer término por las normas del EBEP, y en segundo lugar por la legislación laboral común y demás normas laborales concordantes. Y en concreto en el plano de las retribuciones, el art. 27 del EBEP señala que *“las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral...”*, de la que por supuesto forma parte el EBEP -artículo 149.1.7 de la CE como título competencial incluido en la Disposición Final Primera de la Ley 7/2007-

Con ello lo que quisiera poner de manifiesto es la complejidad que presenta en el momento actual la determinación de las fuentes de regulación de la relación laboral especial de residencia.

4.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2010. LIBRE DESIGNACIÓN DE PUESTOS DIRECTIVOS Y TITULACIÓN EXIGIDA.

CUESTIÓN PREVIA.- El punto de mira del recurso jurisdiccional interpuesto ante el TSJ de Castilla y León es el Decreto 73/2009 por el que se regula el procedimiento de provisión y remoción de los puestos de trabajo de libre designación en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud. En concreto se cuestiona la elección del sistema de libre designación para la provisión de estos puestos, así como el hecho de que la norma autonómica prescinda del requisito específico de ostentar la titulación de Licenciado en Medicina y Cirugía para el puesto de Director Médico.

PRIMERO.- En lo que se refiere al establecimiento de la libre designación como forma de provisión de

los puestos de Jefe de Servicio, se alega la contradicción entre lo que dice el aún vigente RD-Ley 1/99 - en vigor con valor reglamentario-en su Disposición Adicional Decimocuarta -en la que no se consagra el sistema de libre designación para los puestos de Jefe de Servicio y Sección de carácter asistencial, ya que recordemos lo que se prevé es un sistema evaluación cuatrienal- y el art. 2 del reglamento autonómico. Sin embargo tal contravención queda salvada ya que la Ley 2/2007 por la que se aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León establece expresamente que se proveerán mediante sistema de libre designación los puestos de trabajo de carácter directivo y los puestos de trabajo de Jefe de Servicio y Jefe de unidad, conforme se determine en las correspondientes plantillas orgánicas”, de modo que el decreto ahora cuestionado no hace sino desarrollar las previsiones recogidas en la ley.

Sí me gustaría destacar, aunque no se citara en la sentencia, el desconcertante art. 23.1 del RD-Ley 1/1999, que desde mi punto de vista, genera cierta confusión al establecer que *“Cuando los puestos de jefatura de unidad, tanto sanitaria como no sanitaria, lo tengan así establecido en las plantillas correspondientes, se proveerán por el sistema de libre designación, conforme a lo establecido en esta sección”*. Buen ejemplo de tal confusión sería la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 29 de julio de 2004, en la que la que el TSJ afirma, al abrigo de lo previsto en el precepto reglamentario antes transcrito, que el puesto de *“Jefe de Unidad”* comprendería *“desde las plazas de Supervisores de área funcional a las plazas de Jefe de Servicio, inclusive...”*.

SEGUNDO.- En cuanto a la no exigencia del requisito de estar en posesión de la licenciatura en medicina para poder desempeñar el puesto de Director Médico, se trae a colación el art. 10 del RD 521/87 de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud. Sin embargo, como reconoce el propio Tribunal conforme a las alegaciones realizadas por la Administración, esta disposición reglamentaria no puede constreñir el ámbito de decisión de la comunidad autónoma, ya que se trata de una disposición que recordemos no tiene carácter básico, y sólo es aplicable en defecto de regulación autonómica.

A continuación, y partiendo de la noción de que el Ordenamiento Jurídico es un todo orgánico, la Sala relaciona el contenido de las funciones que la norma autonómica atribuye al puesto de Director Médico,

con las funciones que se describen en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias –LOPS– como propias de los médicos, lo que le permite concluir que hasta tanto la Administración autonómica no configure de otra forma los cometidos de la Dirección Médica, no resultará ajustado a Derecho que se establezca como requisito para la misma el ostentar cualquiera de las licenciaturas sanitarias, *“pues las concretas funciones encomendadas al puesto tienen una vinculación con la competencia específica de la Licenciatura en Medicina y Cirugía”*.

TERCERO.- Por último, se combate la legalidad de la Disposición Transitoria Primera en la que se establece la aplicación, a los nombramientos realizados con anterioridad, de las causas de cese previstas en el reglamento impugnado. Es en este momento cuando entra en escena la libertad organizativa de la Administración para modificar su estructura de personal, sin que frente a su legítimo ejercicio quepa oponer el respeto a las situaciones jurídicas surgidas con anterioridad, pues *“no podrá prescindirse de que las relaciones jurídicas que se regulan en el Decreto que nos ocupa son de carácter estatutario, y una regulación de tal carácter se sujeta a todo el cuerpo normativo que en cada momento esté vigente no pudiéndose por ello pretender una congelación de una determinada situación con carácter indefinido”* (STSJ de Castilla y León de 15 de junio de 2005).

5.- STS DE 30 DE JUNIO DE 2010.

El protagonismo corresponde ahora al Decreto 206/2005, de provisión de plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud, cuya legalidad se ve cuestionada por los siguientes motivos:

a) El empleo del sistema de libre designación para la provisión de puestos de jefe de servicio de las áreas de gestión y servicios (art. 50). El mencionado precepto reglamentario añade que la norma que desarrolle el régimen de ordenación de la plantilla podrá determinar otros puestos de jefatura que deba ser provistos por este mismo sistema, y el Anexo de la norma establece como puestos que deben ser provistos por libre designación, los puestos de *“Jefe de Grupo de Dirección”, “Jefe de Cocina”* y *“Jefe de Personal subalterno”*. El principal reproche dirigido contra este artículo es que permite que, en virtud de una norma de rango inferior al Decreto, se establezcan otros puestos distintos a los de jefe de servicio, sin fijar ningún otro requisito adicional para la determinación de tales puestos.

b) La primacía otorgada por el Decreto en los concursos de méritos dentro de la experiencia profesio-

nal al desempeño de servicios como personal fijo sobre los desempeñados como personal temporal.

c) La adscripción provisional del personal cesado en el desempeño de un puesto de jefatura, a otro puesto correspondiente a su categoría profesional, dentro de la misma localidad, y no inferior en más de dos niveles al de su grado personal consolidado.

d) La designación como personal directivo de instituciones sanitarias, de personal que no es funcionario, utilizando para ello el contrato laboral de alta dirección y sin disponer de ningún procedimiento de baremación de méritos, así como tampoco pruebas de conocimiento.

e) La existencia de procedimiento de traslados internos, así como la elaboración por los órganos directivos de las instituciones sanitarias de planes de acogida del personal, que incorporarán criterios de ubicación del personal en las unidades de la institución.

PRIMERO.- Respecto de la primera de las alegaciones, el Tribunal Supremo confirma la legalidad del artículo, pero no porque considere que los argumentos de fondo invocados por la recurrente carezcan de sentido, sino porque entiende que se ha hecho una lectura equivocada del citado precepto reglamentario. El art. 50 del Decreto no predetermina el rango de la norma de desarrollo a la que hace referencia, y de otro, porque tampoco incluye una dispensa de justificación o motivación para esa futura norma.

Distinta suerte corre el Anexo mencionado, ya que en el mismo se recogen una serie de puestos cuya naturaleza no permite advertir la presencia de notas de superior dirección y responsabilidad que exige el art. 20.1.b) de la Ley 30/1984.

El TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 29 de Julio de 2004 acordó la nulidad de la provisión de trece puestos de trabajo de conductores de instalaciones por sistema de libre designación adscritos a la Subdirección de Servicios Generales del Complejo Hospitalario de Albacete, si bien utilizando argumentos diferentes. En este otro caso el Tribunal, obviando el argumento esgrimido por la Administración de que se trataba de puestos que tenían encomendadas funciones de gran trascendencia e importancia (*“no menos importante es la de un cirujano, y su provisión no es por libre designación”* llega a decir la Sala), declara que los puestos de Jefe de Sección, Grupo, Personal Subalterno, Personal de oficio o conductores de instalaciones, no encuentran acomodo dentro del término *“Jefe de Unidad”* al que se refiere el **art. 23 del RD-Ley 1/1999** como susceptible de ser provisto mediante libre designación.

SEGUNDO.- Sobre la segunda de las cuestiones suscitadas, diferente valoración de los méritos según se trate de personal fijo o personal estatutario temporal, la Sala no aprecia trato discriminatorio por dos motivos:

a) Que el hecho de que rijan para el acceso a la condición de personal estatutario, sea fijo o temporal, los principios constitucionales de mérito y capacidad, no quiere decir que los procesos selectivos sean iguales y que tengan el mismo nivel de exigencia.

b) Es razonable y legítima una política de personal que quiera incentivar la permanencia del personal de carrera.

TERCERO.- El tercer motivo -asignación provisional por el gerente a los cesantes en puestos de jefatura de libre designación, de un puesto no inferior en dos niveles al grado consolidado-, decae por la falta de motivación. No se explica el por qué la solución tiene que ser diferente a la que aparece en la regulación reglamentaria del Estado.

CUARTO.- Sobre el reclutamiento para el desempeño de puestos directivos de personal no funcionario y su vinculación laboral con la Administración, encuentra cobertura normativa en la Ley de Ordenación Sanitaria de Galicia, y añade que el recurso al vínculo laboral no prejuzga que se vayan a prescindir de las exigencias que imponen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

El cumplimiento de estos requisitos resulta más problemático cuando nos referimos a la provisión del puesto de Director de Gestión y Servicios Generales. El art. 14.1 del RD 521/1987, exigía que se encontrasen en posesión de titulación de diplomado universitario o equivalente en áreas de economía, jurídica, empresarial o similar, si bien este apartado fue derogado por **Disposición Derogatoria Quinta del RD Real Decreto 571/1990**, de 27 de abril, por el que se dictan Normas sobre la estructura periférica de gestión de los Servicios Sanitarios gestionados por el Instituto Nacional de la Salud.

Los Tribunales de Justicia no se han mostrado especialmente beligerantes en este tema, como es el caso del **TSJ de Galicia** en su sentencia de **24 de marzo de 2004** en la que afirma respecto del nombramiento del Director de Gestión Económica y Servicios Generales de un Hospital, que *“no tiene por misión el desempeño de concretos cometidos técnicos sino acometer su dirección y coordinación, lo que abre el campo a muy diversas titulaciones académicas como capacitadas para el desempeño de las tareas que le son propias, lo que se corrobora por la variedad de*

funciones a desempeñar que no aconsejan limitar la exigencia de titulación a una o unas concretas pues abordarían las que le son propias dejando las restantes sin cobertura”. Lo curioso del caso es que el Decreto autonómico no contempla requisito alguno en relación a la posesión de titulación académica.

La aprobación del **Estatuto Básico del Empleado Público** arroja algo de luz al establecer en su art. 13 que el régimen jurídico del personal directivo que se establezca por cada Administración Pública deberá ajustarse, entre otros, a los principios de mérito y capacidad y *“se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia”*.

QUINTO.- Por último el TS avala la implantación de los instrumentos técnicos cuestionados -concurso interno de traslados y planes de acogida de personal- ya que lo que pretenden es precisamente limitar las facultades de dirección en cuanto a la ubicación que debe tener el personal dentro de la institución recurriendo para ello a unos procedimientos objetivados a través de un baremo.

6.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 6 DE MAYO DE 2011.

La recurrente, personal laboral adscrita al puesto de trabajo de azafata de confort en la tercera planta del Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Albacete solicita la prolongación del servicio activo tras su jubilación forzosa por edad invocando a tal efecto el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 y de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores.

Sobre la posible aplicación de las previsiones recogidas en el art. 26.2 del EM, la Sala recuerda la imposibilidad de asumir semejante pretensión dado que su condición es la de personal laboral, y por ende, la norma reguladora de tal vinculación relacional será el Estatuto de los Trabajadores. Es cierto que en el propio contrato de trabajo se efectúa una remisión al Estatuto de Personal no Sanitario en orden a la concreción de las funciones a realizar y a las obligaciones del trabajador en su puesto de trabajo, así como al Real Decreto-ley 3/1987 en cuanto a las retribuciones a percibir. Sin embargo, la Sala considera que tales remisiones carecen de relevancia a estos efectos, y que no cabe entender que le sea de aplicación el EM en su integridad, sino tan solo los aspectos particulares a los que ya se remitía el contrato de trabajo.

Por lo que se refiere a la aplicación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores,

para que se pueda producir la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, es preciso que así se establezca en convenio colectivo y siempre supeditado al cumplimiento de dos requisitos:

- a) Que la medida se vincule a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo.
- b) Que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo tenga cubierto el periodo mínimo de cotización, cumpliendo los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Al no serle de aplicación convenio colectivo alguno en el que de forma expresa se haya establecido tal posibilidad, previa cumplimentación de los requisitos establecidos, habrá que colegir que la denegación de la solicitud efectuada por la actora de prolongar la permanencia en activo más allá de los 65 años deberá ser calificada como despido improcedente.

7.- STS DE 28 DE MARZO DE 2011. VALORACIÓN DE SERVICIOS PRESTADOS EN EL MARCO DE UN CONVENIO DE COLABORACIÓN EN CENTRO SANITARIO PÚBLICO POR PERSONAL DEPENDIENTE DE UNA ASOCIACIÓN

La cuestión de fondo consiste en determinar si cabe o no reconocer, a los efectos del baremo de la lista de nombramientos temporales del Servicio Cántabro de Salud, los servicios prestados por dos profesionales ajenas a la plantilla del centro, en la unidad domiciliaria de cuidados paliativos del servicio de oncología del Hospital Marqués de Valdecilla.

Las demandantes, como ya se ha apuntado, no estaban integradas en la plantilla orgánica del Hospital, sino que se trataba de profesionales sanitarias autorizadas para acceder y moverse por las dependencias del hospital con el fin de poder realizar las funciones que llevan a cabo para la Asociación Española Contra el Cáncer, en el marco del convenio de colaboración suscrito por esta Asociación con la Administración Sanitaria.

El hecho de que las interesadas no tengan vinculación jurídica alguna con el Servicio de Salud, y que la AECC no forme parte del SNS, son dos factores clave, junto con la lectura del clausulado del propio convenio, para que la Sala acabe finalmente estimando el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria.

ESTATUTO JURÍDICO EMBRIÓN

SENTENCIA DEL TJUE DE 18 DE OCTUBRE DE 2011 Y EL ESCRITO DE CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DE LA UE DE 10 DE MARZO DE 2011, SOBRE LA PATENTABILIDAD DE UNA INVENCION QUE REQUIERE EL EMPLEO DE UNA CÉLULA MADRE EMBRIONARIA. IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- ¿Se pueden patentar invenciones referidas a la utilización de células madre pluripotenciales de origen humano que, en un estadio determinado de desarrollo, se extraen del resultado de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide? ¿Ese resultado merece la calificación jurídica de embrión?

Este es el fondo del asunto planteado por un tribunal alemán y que nos conduce al vidrioso debate de qué es un embrión, y cuándo surge la vida humana, ¿desde la fecundación del óvulo, o por el contrario debe esperarse a que se alcance otro estadio de su desarrollo?

El caso se ha suscitado a raíz de la patente registrada por un ciudadano alemán sobre trasplante de células cerebrales al sistema nervioso como promotor de método para el tratamiento de enfermedades neurológicas. Para su obtención se recurre a las células madre embrionarias.

La Directiva 98/44 no facilita definición alguna de lo que hemos de entender por embrión, y se limita a señalar que “*no se podrán patentar las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales*”.

CRITERIO DEL ABOGADO GENERAL.- En el escrito de Conclusiones presentado por el Abogado General de la U.E, hacía un interesante repaso por las distintas legislaciones nacionales, distinguiendo dos grupos diferenciados:

- a) Un grupo de países en los que el embrión humano existiría desde la fecundación -Estonia, Alemania o Reino Unido-
- b) Un grupo de países -España o Suecia- en los que el embrión se considera como tal pero desde el momento de su implantación en el útero.

En concreto en **España** se recoge en derecho positivo la distinción entre el **preembrión o embrión in Vitro**, constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde, y el **embrión**, que abarca desde el momento en que el ovocito fecunda-

do se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación.

Esta fragmentaria y distinta regulación del estatuto jurídico del embrión en la Unión Europea, sirve de excusa al Abogado General para defender una única acepción comunitaria del embrión, pues *“si se dejara a los Estados miembros la responsabilidad de definir el concepto de embrión humano, habida cuenta de las divergencias que existen a este respecto, ello tendría por consecuencia, por ejemplo, que una invención como la del Sr. Brustle podría obtener una patente en determinados Estados miembros, mientras que la patentabilidad de tal invención estaría excluida en otros”*. La sentencia del TJUE comparte esta misma visión y entiende que, en relación con el término “embrión”, estamos ante un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse de una manera uniforme en el territorio de ésta.

Partiendo de estas consideraciones, el Abogado General analiza el diferente régimen jurídico según hablemos de **células totipotenciales** o **células pluripotenciales**. La diferencia entre unas y otras es considerable, pues mientras que las primeras pueden evolucionar hasta la formación de un ser humano, las segundas no pueden evolucionar por separado hasta constituir un cuerpo humano completo. Como afirma el Abogado General *“Son ya la marca de una evolución que, al seguir posteriormente avanzando, a medida que las células se multipliquen, conducirá a una especialización y a una diversificación que concluirá con la aparición de los órganos y de todos los componentes individualizados del cuerpo humano tal como nacerá”*.

Respecto del primer tipo de células, el Abogado General parece tenerlo claro, constituyen el primer estadio del cuerpo humano en el que van a convertirse, y por tanto, con independencia de si se ha producido o no la anidación en el útero, merecen la calificación jurídica de embriones, pues la Directiva 98/44 *“...demuestra que la dignidad humana es un principio que debe aplicarse no sólo a la persona humana existente, al niño nacido, sino también al cuerpo humano desde el primer estadio de su desarrollo, es decir, el de la fecundación”*. Esta misma calificación la hace extensiva igualmente a la fecundación in vitro, y al blastocisto.

Por el contrario, una **célula pluripotencial** tomada por separado no puede considerarse por sí misma un embrión. No obstante, aún así, las invenciones que se refieran a células madres pluripotenciales sólo pueden plantearse si no se obtienen en detrimento de un embrión, ya que entiende que de no ser así, tal invención

instrumentalizaría el cuerpo humano en los primeros estadios de su desarrollo. Una única excepción, cuando la invención tenga un objetivo terapéutico o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

EL CRITERIO SOSTENIDO POR EL TJUE.-

Respecto al concepto de embrión, la sentencia del TJUE omite cualquier distinción entre ambos tipos de células y se muestra partidaria de una interpretación en sentido amplio de lo que hemos de entender por “embrión”.

Así considera que “*embrión*” es todo óvulo humano a partir de la fecundación. Como se podrá observar el criterio del TJUE es, en efecto, mucho más amplio que el defendido por el Abogado General de la UE, para quién, el momento determinante para poder hablar de “*embrión*” parece ser, no ya la fecundación, sino la anidación del óvulo fecundado.

También entiende que debe formar parte de este concepto *“el óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y el óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. Aunque en puridad estos organismos no hayan sido objeto de fecundación, cabe considerar (...) que por efecto de la técnica empleada para obtenerlos, son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo”*.

Tan solo quedaría un único resquicio para la legalidad de este tipo de invenciones, y es que el TJUE, respecto de las células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto, se remite al juez nacional para que sea éste el que determine, a la luz de los avances de la ciencia, si son aptas para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano.

IMPACTO EN DERECHO ESPAÑOL.- Nuestro Ordenamiento Jurídico, como muy bien señalara en su escrito de conclusiones el Abogado General de la UE, sí que recoge la triple distinción entre preembrión, embrión y feto -art. 3 letras l), m) y s) de la **Ley de Investigación Biomédica**-

Precisamente la pervivencia en nuestro Ordenamiento del polémico concepto de “*preembrión*”, que atiende al período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta 14 días más tarde, puede quedar seriamente comprometida tras esta sentencia del TJUE que, a mi modo de ver, se alinea con los postulados defendidos por un sector importante de la doctrina adherida a la corriente bioética del personalismo, que entiende que semejante distinción comporta una relativización intolerable de la vida humana, con eviden-

tes fines de investigación y manipulación, y, en definitiva, entronca con el espinoso tema del “*estatuto jurídico del embrión*”

El Tribunal Constitucional ha respaldado la constitucionalidad de esta triple distinción –preembrión, embrión y feto– y en este sentido resulta de interés la STC 116/99, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/88, que afirma, entre otras cuestiones, que la crioconservación de los preembriones no resultaba atentatoria a la dignidad humana “*siendo esta misma finalidad de conservación del material reproductivo la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos*”, entendiendo por tales las células encargadas de llevar a cabo la reproducción sexual (espermatozoides y óvulos), añadiendo que “*ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, “persona humana”, por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de un determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida ó a la dignidad humana*”.

El segundo impacto que la citada sentencia puede tener en nuestro Ordenamiento alude a la naturaleza jurídica del “*embrión*” surgido a raíz de la llamada “*clonación terapéutica*”. Nuestro Ordenamiento Jurídico permite la “*la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación (...) incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*”. ¿Hasta qué punto el embrión resultante de la práctica de esta “*técnica de clonación terapéutica*” puede equipararse en puridad a un embrión en el sentido que le atribuye el TJUE?

Hay quienes consideran estamos ante dos realidades diferentes, el **embrión** y el **nuclóvulo**, ya que este último no sería un embrión normal de origen genético sino somático, una especie de “*pseudoembrión*”, y sin que por ello se esté conculcando el **mandato recogido en el art. 18 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina**. Por el contrario, la sentencia objeto de comentario sí que se pronuncia al respecto y considera que sí estamos ante un “*embrión*”.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1. INFORMES Y DOCUMENTOS

1.1. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) INFORME 16/2010, DE 1 DE DICIEMBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

Extenso informe elaborado por la Junta Consultiva de Aragón sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas, en el que, tras un análisis preliminar sobre el juego de las cláusulas sociales en la contratación pública, entra directamente a dar respuesta a las cuestiones suscitadas, a saber:

1º. Posibilidad de aplicar con carácter obligatorio la previsión de la DA 7ª LCSP, en el sentido de que se aplique fomentando la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo.

“Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición”

La DA 7ª LCSP regula la reserva de contratos con carácter potestativo, no obligatorio, para los órganos de contratación mediante cada licitación. Actualmente, con la normativa vigente, no es posible la aplicación con carácter obligatorio de la previsión de la DA 7ª LCSP.

2º.- Justificación documental de acreditar el cumplimiento de una particular obligación de carácter social (contratación de minusválidos).

A tenor del artículo 62.1 junto con el artículo 130.1.c) LCSP, tan solo cabría obligar al licitador a que aporte únicamente una *declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar*. Por lo tanto, no sería conforme a derecho exigir en ese trámite de la licitación una mayor justificación documental.

Desde la perspectiva del empresario licitador, y trayendo a colación lo dispuesto en el art. 71 de la Ley 30/1992, una vez que el órgano de contratación ha determinado la proposición económicamente más ventajosa podrá requerir al licitador para que acredite –con la carga documental exigida– el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente en esta concreta materia (la integración de minusválidos),

3º Efectos de su incumplimiento una vez adjudicado el contrato.

La cuestión sería determinar los efectos si se produce una prohibición de contratar sobrevenida. Para conse-

guir que dicho incumplimiento opere como causa de resolución sería necesario que tal previsión se incorporase de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando tal incumplimiento como causa de resolución del contrato.

4º Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato

El artículo 134 incluye entre los criterios de valoración de las ofertas, *las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de las exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar....* **Tales criterios deberán estar directamente vinculados al objeto del contrato.**

Cuando se citan criterios como el empleo de trabajadores minusválidos, la estabilidad de la plantilla, el índice de siniestralidad laboral, difícilmente se puede justificar su relación con la prestación demandada.

Una segunda opción consistiría en analizar la posibilidad de imponer con carácter imperativo la contratación, con vistas a la ejecución del contrato, de un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo. Tal posibilidad es admitida por la Directiva 2004/18/CE en su Considerando 33, como **condición especial de ejecución** de los contratos, **no como criterio de adjudicación**

5º La posibilidad de establecer unas instrucciones de contratación de carácter generalizado en las que se recoja la obligación de reservar un cupo específico a la contratación reservada a centros especiales de empleo

La posibilidad de excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, en tanto supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública, no es admisible que se pueda articular mediante unas “instrucciones de contratación”. Sería imprescindible la aprobación de esta medida mediante Ley.

B) INFORME 6/2011, DE 5 DE JULIO, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA.

PRIMERO.- Un tema tan recurrente como importante, la distinción entre los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación, y la calificación jurídica

que, a tenor de semejante distinción, merece, de una parte, el requisito de la “experiencia” en el ámbito sanitario/sociosanitario, y de otra, la exigencia de que las empresas deban disponer de una delegación en el lugar de ejecución del contrato.

SEGUNDO.- Pues bien, por lo que se refiere a la primera cuestión, la Junta autonómica no aprecia inconveniente alguno en admitir la experiencia como requisito de solvencia técnica pues constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta para evaluar la capacidad de la empresa licitadora para realizar la prestación objeto del contrato.

Esta afirmación de la Junta cuenta con el respaldo de la propia LCSP, que respecto de los contratos de gestión de servicio público, y por remisión de su art. 68, admite esta posibilidad en el artículo 67.a.

Pero, ¿cabe modular el requisito de la experiencia, exigiendo que ésta sea en el ámbito sanitario y en poblaciones de más de 16.000 habitantes? Sobre este extremo ya se ha pronunciado la JCCA al considerar que el establecimiento de estos requisitos no es discriminatorio sino delimitador del propio criterio de experiencia

TERCERO.- En torno a la segunda de las cuestiones suscitadas, no cabría la posibilidad de contemplar el requisito de tener abierta una delegación en el lugar de ejecución del contrato ya que no figura entre ninguno de los medios de acreditación de la solvencia técnica, que con carácter tasado, prevé la LCSP. Además, nos recuerda la Junta que “*La guía sobre contratación pública y competencia*” de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en que se tiene que ejecutar el contrato.

Pero, ¿y en la fase de adjudicación? ¿Podría admitirse como criterio de adjudicación sobre todo si tenemos en cuenta que la relación de posibles criterios que recoge el art. 134 de la LCSP es meramente ejemplificativa?

Esta es una posibilidad que no parece descartar la Junta en su informe pero siempre que la inclusión en los pliegos de este criterio de adjudicación, esté íntimamente vinculado con el objeto del contrato. Desde este punto de vista no habría inconveniente si entendemos que la proximidad en la ubicación de la empresa que los ejecuta lleva aparejada una mejor prestación del servicio, aunque la Junta entiende que la vía más adecuada sería establecer este requerimiento como una condición especial de ejecución, (art. 102 de la LCSP).

En este sentido se trae a colación la sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005, en la que el Tribunal comunitario declaró desproporcionada la obligación de disponer de una oficina abierta en el momento de presentar la oferta, sin que, por el contrario, existiese inconveniente alguno para establecer dicha obligación como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato.

La JCCA en su Infome 3/2009, de 25 de Septiembre, considera, en cambio, que la inclusión de un cláusula en la que se establezca como condición especial de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de personas desempleadas siempre que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de una localidad concreta resulta contraria a derecho por cuanto supone introducir un factor de discriminación entre los trabajadores por razón del origen territorial de los mismos al establecer una preferencia en la contratación de unos a favor de otros apoyándose a tal efecto en su lugar de origen o de residencia.

2.2 PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

INFORME JURÍDICO NÚMERO 242/2010, EMITIDO POR EL GABINETE JURÍDICO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Informe elaborado a raíz de la consulta que la Agencia Tributaria plantea a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en relación con el requerimiento de documentación que la Agencia Tributaria cursó a varios médicos a los que estaba inspeccionando. En el marco de estas inspecciones, la Agencia Tributaria pretendía que los médicos le aportasen, entre otros documentos, las historias clínicas de pacientes, y copias de los consentimientos informados firmados por los pacientes antes de las intervenciones quirúrgicas.

La AEPD concluye que si bien la normativa tributaria impone la obligación de facilitar la información que revista “*trascendencia tributaria*” a la Agencia, hay que advertir que, en este caso, los datos pedidos por la Agencia Tributaria no pueden considerarse como tales. Además, la Agencia de Protección de Datos recuerda que la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente exige que el acceso a las historias clínicas se haga únicamente con fines médicos y por parte de profesionales médicos. Por excepción, dicha norma sólo permite el acceso a la historia clínica con fines no médicos en tres supuestos:

1.- Cuando se acceda para fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia, previa la adopción de medidas que aseguren el anonimato del paciente, a menos que éste haya prestado su consentimiento a tal acceso.

2.- Cuando lo solicite una autoridad judicial y la identificación del paciente sea necesaria para la tramitación del proceso.

3.- Cuando deba acceder algún órgano de inspección sanitaria, siempre que sea con una finalidad asistencial o sanitaria.

Al no concurrir tales circunstancias, la AEPD entiende que los médicos deben abstenerse de facilitar estas informaciones a menos que no cuenten con el consentimiento del paciente.

2.3. MEDICAMENTOS

COMUNICADO DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL A OMC SOBRE LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR ALGUNAS CCAA A LOS MÉDICOS EN RELACIÓN CON EL N° DE MEDICAMENTOS FINANCIADOS QUE PUEDEN RECETAR DE CADA PRINCIPIO ACTIVO. 25 DE FEBRERO DE 2011.

La OMC a través de su Comisión Deontológica analiza el contenido de la libertad de prescripción, que ha de entenderse basada en la capacidad de médico de prescribir una determinada sustancia o su equivalente terapéutico, no en si debe tener un nombre comercial u otro.

Dicho esto, la organización colegial pone especial énfasis en la necesidad de conjugar la referida libertad, prevista en el art. 20 del Código de Ética y Deontología Médica) con las exigencias propias del principio de eficiencia, que implica tener en cuenta los aspectos económicos de las decisiones médicas. El juego combinado de ambos principios nos conduce a rechazar por inaceptable, la prescripción de fármacos de precio más elevado, cuando su eficacia sea idéntica a la de otros de coste inferior.

La posición de la administración sanitaria debe ser, en este contexto, la de asegurar la sostenibilidad del sistema sanitario, y de racionalizar el gasto.

Las conclusiones a las que llega la comisión son contundentes:

- a) Nada que objetar a las medidas de las Administraciones Sanitarias de selección de medicamentos
- b) Este tipo de medidas no deterioran la calidad de la asistencia

c) No vulneran la libertad de prescripción del médico.

2.4 BIOÉTICA

A) INFORME DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DE LA OMC SOBRE LA CAMPAÑA PÍLDORA DEL DÍA ANTERIOR ORGANIZADA POR LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONTRACEPCIÓN Y EL LABORATORIO FARMACÉUTICO CHIESI ESPAÑA.

La campaña en cuestión tiene como finalidad ofrecer información y formación de los jóvenes en materia de educación sexual. La campaña consiste en distribuir una caja que contiene una píldora ficticia con un prospecto donde se contemplan todos los métodos anticonceptivos existentes en la actualidad. Pero, ¿es ético la organización de una campaña de este tipo por parte de un laboratorio que comercializa la conocida por todos “píldora del día después”? ¿Se está camuflando bajo la apariencia divulgativa de la campaña, un oculto objetivo mercantilista al potenciar, por asociación de ideas, la demanda de la píldora del día después? ¿se puede justificar una campaña de esta naturaleza cuándo se está demostrando que la promoción de la píldora del día después (PDD), no ha contribuido a disminuir los abortos ni las enfermedades de transmisión sexual?

La Comisión Central de Deontología de la OMC parece tenerlo claro, de modo que partiendo de la premisa inicial según la cual, un médico no puede participar en campañas promocionales de medicamentos con ánimo de lucro, salvo que esa sea su profesión, castiga el comportamiento mostrado por la sociedad científica al apoyar la campaña de un laboratorio cuyo fin es aumentar las ventas de la PDD.

B) ÉTICA EN LA PRESCRIPCIÓN. DOCUMENTO ELABORADO POR LA COMISIÓN GALLEGA DE BIOÉTICA. 23 DE FEBRERO DE 2011.

Documento en el que se analiza desde un punto de vista ético las repercusiones y la validez de las medidas sobre contención del gasto farmacéutico. La Comisión parte de una premisa, la sostenibilidad del sistema sanitario no depende de las acciones de los gestores, o al menos no en exclusiva, sino que también del compromiso de los profesionales y de los ciudadanos.

Todos ellos se encuentran, en mayor o menor grado, directamente implicados en la lucha contra el gasto farmacéutico, así la Administración debería regular la formación continuada de los profesionales velando por su independencia y calidad, desmarcándose de la industria farmacéutica, que si bien es cierto que es la

mayor responsable de formación médica continuada, también lo es de que la promoción de sus productos influya en la toma de decisiones del profesional sanitario.

El médico, por supuesto, es quizá el principal protagonista, y debe priorizar el beneficio del paciente, sin prescindir de otros aspectos éticos como la justicia distributiva.

Para finalizar, el paciente también debe aportar su granito de arena, y acoger con agrado las medidas orientadas a frenar el gasto en este ámbito. Medidas tales como la prescripción por principio activo o la financiación del medicamento de costo más bajo cuando existan dos o más medicamentos bioequivalentes, son, junto con algunas otras decisiones como la incentivación por la consecución de objetivos, las principales medidas que están adoptando las diferentes Administraciones Sanitarias en el cumplimiento de su papel de velar por el uso racional del medicamento.

Tras esta primera parte introductoria, la Comisión entra de lleno a estudiar las bondades de este tipo de medidas conforme a la metodología de la ya clásica bioética principialista que inauguraran Beauchamp y Childres a raíz del Informe Belmont, y adaptara en nuestro país uno de sus principales valedores, el profesor Diego Gracia.

Tras la labor de deliberación, la comisión concluye que:

- a) No es éticamente admisible prescribir un medicamento equivalente de precio más elevado si no hay justificación razonable
- b) Se debe promover que los ciudadanos hagan un uso sensato y juicioso de los recursos.
- c) Existe una falta de comunicación entre los profesionales de los distintos niveles sanitarios (problema de la prescripción inducida).
- d) La incentivación para fomentar la prescripción racional es polémica

A partir de estas conclusiones, el órgano colegiado autonómico emite las siguientes Recomendaciones:

- a) Revisión de la polimedicación de los ancianos, y supervisión de los efectos adversos de los fármacos evitando la prescripción en cascada ante nuevos efectos adversos.
- b) Elaboración y uso de guías de práctica clínica
- c) Puesta en marcha de medidas que mejoren la comunicación y la coordinación entre los diferentes niveles asistenciales

- d) Potenciación del papel de las oficinas de farmacia en la información y educación sanitaria de la ciudadanía.
- e) Supervisión por la Administración de la publicidad sobre medicamentos
- f) Potenciación de las estrategias de concienciación a la población del buen uso de los fármacos.
- g) Financiación de los fármacos que realmente supongan una innovación terapéutica clara
- h) Inclusión en los catálogos de fármacos de los hospitales de medicamentos genéricos
- i) Realización de compras centralizadas de medicamentos y adaptar la dosificación de los envases a los tratamientos prescritos
- j) Conveniencia de que las empresas productoras de medicamentos genéricos, traten de elaborarlos con los mismos colores y formas que el medicamento de marca original.
- k) Búsqueda de indicadores fiables y de validez contrastada, para incentivar la prescripción racional.