



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 23. Extraordinario XXII Congreso 2013

LOS PILARES JURÍDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

PONENCIAS

- Sistema Nacional de Salud y propuesta de reformas: más allá del ruido y la furia.
Juan Oliva, Salvador Peiró, Jaume Puig-Junoy 6
- Las tasas judiciales en los procesos de responsabilidad sanitaria.
M^a del Carmen González Carrasco 19
- Aspectos jurídicos del impago o pago tardío de obras, suministros y servicios sanitarios.
Roberto Mayor Gómez 29
- El buen gobierno de los servicios de salud.
Juan Manuel Cabasés Hita 33
- Problemas jurídicos de la extinción de la relaciones de trabajo en las entidades subvencionadas o dependientes de las administraciones públicas.
Luis Ortiz de Urbina, José García Ibáñez 52
- Ética de la abogacía: de la confianza a la independencia.
Rafael Del Rosal Garcial 68
- Experiencias en el ámbito de la gestión sanitaria de las fórmulas de colaboración público-privadas.
Miguel Moreno Verdugo 77
- La cohesión del SNS y su sostenibilidad: en el Aniversario de una Ley que buscó de forma tardía e insuficiente gobernar un sistema descentralizado.
Repullo Labrador, J.R.; Infante Campos, A. 83
- El derecho a prolongar la jubilación forzosa hasta los 70 años por los médicos de la seguridad social en función de las previsiones del plan de ordenación de recursos humanos.
José Díaz Delgado 96
- Leyes sanitarias: balance de una década y perspectivas de futuro.
Mario Mingo Zapatero 124

COMUNICACIONES

I. SALUD REPRODUCTIVA E INVESTIGACIÓN

- La incongruencia de nuestros tribunales al exigir el consentimiento informado para los partos por vía vaginal.
Cid-Luna Clares, I., Montalvo Rebuelta, P. 131
- El derecho a la protección de la salud reproductiva asistida: una cuestión de igualdad.
M^a Cruz Reguera Andrés 139

■ El anonimato del donante en los supuestos de reproducción humana asistida <i>Angela Ruiz Sáenz</i>	152	■ Los derechos estatutarios de la salud. <i>Antonio Pérez Miras</i>	242
■ La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. <i>Gustavo Merino Gómez</i>	159	■ Racionalización de la atención sanitaria urgente en atención primaria. <i>Ramos Mayorga, M.E.; Rodríguez Lorca, A.I.</i>	253
II. EVENTOS ADVERSOS Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA POR ASISTENCIA SANITARIA		■ Procedimientos de provisión de jefaturas de carácter no asistencial en instituciones sanitarias. <i>Lola González García</i>	262
■ La obligación de información de los profesionales médico-sanitarios y la responsabilidad por eventos adversos. <i>Belén Trigo García</i>	169	■ Fracturación hidráulica y salud pública. Título competencial. Estudio comparado de la iniciativas legislativas en la materia. <i>Begoña Gómez del Río</i>	274
■ Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactoria. <i>Virginia López Carmona</i>	178	■ A modo de reflexión y crítica en torno a la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos y a algunas de las enmiendas presentadas en relación con la epidemiología y la salud. <i>Serrano Pérez, Mª M.; Navarro Sánchez, C.; Zurriaga Llorens, O.</i>	285
■ Evolución jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. <i>Marta María Sánchez García</i>	189	■ Eficacia en el uso de los recursos humanos disponibles: prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal sanitario de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. <i>Cobo Gadea, Mª E.; De La Fuente Villar, R.</i>	294
■ Seguridad del paciente en el área quirúrgica. Cirugía general. Proyecto piloto de implantación de listas de verificación quirúrgica en un servicio público de salud. Aspectos jurídicos. <i>García Matas, A.; Pardo García, R.; Moreno Alemán, J.</i>	206	■ Normas de publicación	304
■ El recurso a la proporcionalidad por parte de nuestros tribunales en el enjuiciamiento de la responsabilidad por medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario. <i>Montalvo Jääskeläinen, F.; Asensi Pallarés, E.</i>	212	■ Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud	305
■ Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información responsabilidad y publicidad. <i>Jimena Beatriz Manjón Rodríguez</i>	222	■ Solicitud de asociación	306
III. ORGANIZACIÓN E INICIATIVAS LEGISLATIVAS			
■ El Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la legitimación del SNS. <i>González Sánchez, J.M.; Piqueras Ramos, C.</i>	231		

EL PRESENTE NÚMERO EXTRAORDINARIO DE LA REVISTA “DERECHO Y SALUD” RECOGE LAS PONENCIAS Y COMUNICACIONES PRESENTADAS AL XXII CONGRESO DE LA “ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD” QUE TUVO LUGAR EN TOLEDO LOS PASADOS 5, 6 Y 7 DE JUNIO BAJO EL LEMA: “LOS PILARES JURÍDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD”



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 23. Extraordinario XXII Congreso 2013

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (CATALUÑA)
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (NAVARRA)
RAFAEL ALVARO MILLÁN GALENTI (GALICIA)

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO
LETRADO. JUNTA DE COMUNIDADES (CASTILLA-LA MANCHA)

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO
RESPONSABLE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO (MADRID)
ALBERTO PALOMAR OLMEDA
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)
MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL (CASTILLA-LA MANCHA)
ANA M^ª MARCOS DEL CANO
SECRETARIA GENERAL UNED (MADRID)
JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS
SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD
(CANTABRIA)
FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)
VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA (MADRID)
LOLA GONZÁLEZ GARCÍA
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
SERGIO GALLEGO RIESTRA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO
(ASTURIAS)
JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO
LETRADO JEFE IBS (BALEARES)
MARÍA MARTÍN AYALA
ASESORAMIENTO Y DESARROLLO NORMATIVO
(CASTILLA-LA MANCHA)

Consejo asesor:

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)
FRANCISCA VILLALBA PÉREZ (ANDALUCÍA)
FRANCISCO BOMBILLAR SÁENZ (ANDALUCÍA)
JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA (CANTABRIA)
NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)
JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (ANDALUCÍA)
LUIS ALBERTO PANES CORBELLE (CASTILLA-LA MANCHA)
FRANCESCO JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ (CATALUÑA)
GUSTAVO MERINO GÓMEZ (CANTABRIA)
ÁNGELA RUÍZ SÁENZ (CANTABRIA)
JOSÉ MARÍA BARREIRO DÍAZ (GALICIA)
MARÍA BELÉN LÓPEZ DONAIRE (CASTILLA-LA MANCHA)

PRODUCCIÓN:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
FACULTAD DE DERECHO
PLAZA DE LA UNIVERSIDAD Nº 1
02071 ALBACETE - ESPAÑA
[HTTP://WWW.AJS.ES](http://www.ajs.es)

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.S.N. 1133-7400

IMPRESO EN ESPAÑA POR GRAFISTAFF, S.L.
MAQUETADO POR STUDIO74.ES

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

Dirigida a: Personas cuya actividad profesional se desarrolle dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, o muestren un concreto interés por esta rama del derecho.

Correspondencia y Publicidad:

Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España

Correo Electrónico:

info@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España

(suscripciones: enviando solicitud que figura en la revista, atención al cliente, correo ordinario o e-mail)

Protección de datos: En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado “suscriptores” y en otro denominado “socios” de titularidad de la Asociación “Juristas de la Salud” con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es indicando “derechos ARCO”.

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARAN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL “DERECHO Y SALUD”.

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

Presidencia: Josefa Cantero Martínez, *Universidad Castilla-La Mancha*; **Vicepresidencia:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaría:** Francisca Villalba Pérez, *Universidad de Granada*. **Vicesecretario:** Francisco Bombillar Sáenz, *Universidad de Granada*; **Tesorero:** Juan Manuel Alegre Ávila, *Universidad de Cantabria*; **Vocales:** Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Juan Francisco Pérez Gálvez, *Universidad de Almería*; Luis Alberto Panes Corbelle, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*; Francesc José María Sánchez, *Abogado*; Gustavo Merino Gómez, *Consejería de Salud de Cantabria*; Ángela Ruíz Sáenz, *Consejería de Salud de Cantabria*; José María Barreiro Díaz, *Xunta de Galicia*; María Belén López Donaire, *Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*.

Ponencias

SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y PROPUESTA DE REFORMAS: MÁS ALLÁ DEL RUIDO Y LA FURIA¹

...it is a tale

*Told by an idiot, full of sound and fury,
Signifying nothing*

...es un cuento

*relatado por un idiota, lleno de ruido y furia,
sin significado alguno*

William Shakespeare. Macbeth (Acto 5, Escena 5)

Juan Oliva

*Departamento de Análisis Económico y Seminario de Investigación en Economía y Salud. (UCLM)
Red de Investigación en Servicios de Salud en Enfermedades Crónicas (REDISSEC).*

Salvador Peiró

*Centro Superior de Investigación en Salud Pública (CSISP)
Fundación para el Fomento de la Investigación Sanitaria y Biomédica de la Comunitat Valenciana (FISABIO)
Red de Investigación en Servicios de Salud en Enfermedades Crónicas (REDISSEC).*

Jaume Puig-Junoy

*Departamento de Economía y Empresa. Centro de Investigación en Economía y Salud (CRES) Uni-
versitat Pompeu Fabra.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS PROPUESTAS
 - 2.1. Reducir el despilfarro
 - 2.2. Financiar y utilizar racionalmente basándose en resultados
 - 2.3. Coordinación entre niveles y sistemas.
 - 2.4. Buen gobierno de la sanidad y complicidad de los actores.
3. CONCLUSIONES
4. REFERENCIAS EMPLEADAS

RESUMEN

El Sistema Nacional de Salud vive momentos de fuerte tensión presupuestaria ocasionada por la situación económica. Sin embargo, más allá de la crisis, desde hace tiempo se apuntaba elementos de tensión en el sistema sanitario que requerían de cambios estructurales para apuntalar su solvencia. Este escrito trata de tomar perspectiva de recientes reformas realizadas por la urgencia del momento para fijar su atención en las reformas que, en opinión de los autores, habría que acometer para garantizar la solvencia del sistema sanitario público en el medio y largo plazo. La propuesta se articula sobre cuatro grandes

¹ Este artículo se basa en un trabajo previo publicado en la revista Economistas y ha servido de hilo conductor para la conferencia inaugural del XXII Congreso Derecho y Salud.

ejos: reducir del despilfarro (infrautilización, sobreutilización, prevención de efectos adversos), avanzar en fórmulas que unan financiación y utilización a la obtención de resultados en salud (financiación selectiva de las prestaciones médicas, los medicamentos y las tecnologías, rediseño de los copagos e integración de presupuestos huyendo de compartimentos entre niveles asistenciales), avanzar en la coordinación entre niveles y sistemas (atención primaria y especializada; sistemas sanitario y de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia; salud en todas las políticas) y promover el buen gobierno de la sanidad, buscando para ello la participación y el apoyo de los principales actores del sistema.

1. INTRODUCCIÓN

La salud es uno de los pilares donde se apoya el bienestar de los individuos y las sociedades. Desde la perspectiva individual, aunque disfrutar de una buena salud no es condición suficiente para alcanzar o mantener un alto grado de bienestar y felicidad, en términos generales, es condición necesaria, como lo muestran distintos estudios sobre felicidad realizados en los últimos años (Graham, 2008). El importante volumen de recursos invertidos en la atención sanitaria por parte de los países de nuestro entorno y el nuestro propio es, sin duda, reflejo del grado de prioridad que concedemos como sociedad a la protección de la salud, financiando medidas de carácter preventivo y tratamientos para evitar o paliar, en la medida de lo posible, el dolor y el sufrimiento que ocasionan las enfermedades y los problemas de salud.

Es un tópico reiterado referir que el Sistema Nacional de Salud (SNS) español es uno de los sistemas sanitarios de mayor éxito en el mundo. Solo Japón y Francia nos superan en el indicador “mortalidad innecesariamente prematura y sanitariamente evitable”, uno de los más sensibles a la actuación sanitaria

(Nolte, McKee, 2008). La sanidad es el servicio público más utilizado y el que más valoran los ciudadanos, así como el que opinan que más justifica los impuestos que pagan. Ahora bien, al mismo tiempo los ciudadanos opinan también que es aquel del que se hace peor uso (CIS, 2011) y el que tiene más margen de mejora. Ello es congruente con la identificación de rigideces y problemas de adaptación a un entorno que ha cambiado sustantivamente, y donde la negativa a acometer reformas compromete seriamente su solvencia en los años próximos (AES, 2008a).

Otro tópico, este no tan correcto, es que nuestro sistema sanitario es muy barato comparado con otros países de su entorno. Puede que lo fuera en el pasado pero en diez años, entre 1999 y 2009, el gasto sanitario público por persona ha crecido en términos reales algo más de un 49%, cuatro veces más deprisa que el PIB, pasando del 5,3% al 7% en 2009 (Puig-Junoy, 2011). Pasando a las cifras del gasto sanitario total (la suma del público y el privado), según los datos de la OCDE, en el año 2001 el porcentaje de PIB dedicado a sanidad ascendía al 7,2%. En el año 2009 alcanzó el 9,6% de nuestro PIB, consecuencia de la caída experimentada por el PIB y la inelasticidad a corto plazo de dicho gasto. En realidad, cuando comparamos el gasto sanitario per cápita español con el de otros países con fórmulas de organización del sistema similares (tipo SNS) como son Italia, el Reino Unido o Suecia, cuando estos países tenían un nivel de renta per cápita similar a la española, las cifras de gasto sanitario per cápita eran muy parejas. Esto último podría hacer creer que el sistema sanitario no se encuentra expuesto a problemas de sostenibilidad financiera. Desafortunadamente, un aspecto diferencial de la crisis en España respecto a otros países ha sido la brutal caída de los ingresos tributarios totales. Así, si observamos la evolución del producto Interior Bruto (PIB), el Gasto Sanitario Público (GSP) y los Ingresos Tributarios Totales (ITT) desde el año 2002 hasta el año 2011 (último año del cual tenemos cifras

Tabla 1. Evolución del producto Interior Bruto, Gasto Sanitario Público e Ingresos Tributarios Totales.

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
PIB	100,0	107,4	115,4	124,7	135,1	144,4	149,2	143,7	143,8	145,8
GSP	100,0	111,4	120,2	131,2	144,4	156,4	173,6	182,8	179,3	175,5
ITT	100,0	105,7	114,4	130,5	145,7	163,0	140,9	117,0	129,6	131,4

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Agencia Tributaria

para el GSP y el ITT) observamos que el GSP crecía durante la primera mitad del periodo ligeramente por encima del PIB pero de manera similar a los ITT. Sin embargo, al entrar en la crisis económica, entre los años 2007 y 2009 los ingresos públicos cayeron nada menos que un 28% en términos nominales, mientras el gasto sanitario público crecía un 17% durante el mismo periodo. No ha sido hasta los años 2010 y 2011 cuando el crecimiento del GSP se ha detenido, primero, y ha caído en términos nominales el último año del periodo considerado.

A la situación descrita, brutal caída en los ingresos públicos, hay que sumar incrementos de gastos en partidas públicas sensibles a los momentos de crisis (incremento de los subsidios por desempleo), lo cual ha elevado las cifras de déficit público durante los últimos años. Este déficit ha sido financiado mediante la emisión de deuda pública. Sin embargo, la fuerte prima demandada por los mercados para la financiación de la misma está suponiendo una carga adicional para el erario público y mantiene en estado de alerta a todas las partidas presupuestarias públicas. Es necesario describir este panorama para entender por qué se han tomado recientemente duras medidas obedeciendo a la urgencia de la situación, sin entrar a valorar su idoneidad, que en otro momento no se hubieran planteado debido al coste político que pueden suponer.

Sin embargo, más allá de la actual situación de agonía financiera, la solvencia del sistema sanitario, esto es, su capacidad para responder a cambios demográficos, tecnológicos y sociales, se verá fuertemente erosionada si no se abordan una serie de cambios de tipo estructural. El objetivo de este escrito es comentar brevemente algunas de las reformas que, en opinión de los autores, precisa el SNS para garantizar la sostenibilidad financiera y la solvencia del sistema sanitario a medio plazo.

Un punto de arranque ideal para plantear una agenda de reforma sanitaria ordenada sería la puesta en marcha de un Pacto por la Salud, de carácter más general que el fallido Pacto por la Sanidad recientemente propuesto, que englobara la promoción de la salud y la autonomía personal, así como la atención a la enfermedad crónica y a la dependencia, y que contara con el mayor número posible de apoyos tanto parlamentarios como de sociedades científicas, profesionales y ciudadanas. No obstante, con o sin este acuerdo, las reformas a implementar en el seno del SNS no deben retrasarse más, so pena de quedar definitivamente relegadas ante el atisbo de recupe-

ración económica o, peor aún, de ser sustituidas por recortes indiscriminados de carácter cortoplacista. Los cuatro ejes sobre los que se propone avanzar son la reducción del despilfarro, la apuesta de unir financiación y utilización a la obtención de resultados en salud, avanzar en la coordinación entre niveles y sistemas y promover el buen gobierno de la sanidad, buscando para ello la complicidad de los principales actores del sistema.

2. LAS PROPUESTAS

2.1. Reducir el despilfarro

El primer punto a abordar para la mejora de la eficiencia en la atención sanitaria es reducir el despilfarro. Básicamente se trata de limitar los procesos, productos y servicios que no aportan valor (en términos de salud y calidad de vida) a pacientes y poblaciones, al tiempo que se salvaguardan aquellos que si lo ofrecen o cuyo valor relativo es mayor.

Un reciente trabajo aproximaba las cifras de despilfarro en el sistema sanitario estadounidense (problemas de calidad, coordinación, sobreutilización, complejidad administrativa, fraude y otros) a entre el 21 y el 34% del gasto sanitario (Berwick DM, Hackbarth, 2012). En el SNS no disponemos de información de este tipo pero diversos datos apuntan un importante derroche en medicamentos (antibióticos, inhibidores de la bomba de protones, estatinas, antiosteoporóticos, coxibs, psicótropos, etc.) no exento de efectos adversos, en pruebas diagnósticas, descoordinación de la atención a crónicos, y otros problemas que sugieren que estamos combinando el sobretratamiento en pacientes leves (gasto sin beneficios en salud) con subtratamiento en pacientes de alto riesgo (peor salud y mayor gasto por descompensaciones y complicaciones).

Por una parte, existe un problema de **subutilización** de servicios sanitarios en pacientes que no reciben pruebas, tratamientos o intervenciones que estarían indicados dada su situación clínica. En el SNS existen evidencias directas de subutilización de fármacos en la prevención del reinfarto (Sanfélix et al., 2006), de la tromboembolia en la fibrilación auricular (Barrios et al., 2012), en la insuficiencia cardiaca (Rodríguez Roca et al., 2007), en el diagnóstico y manejo de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica (Miratvilles et al., 2007) así como en la hipertensión arterial, el asma, y en el manejo de

los llamados “síntomas menores”. La subutilización tiene su origen en diferentes problemas en el manejo de los pacientes, incluyendo la no indicación primaria de tratamientos o pruebas eficaces, el temor a los efectos adversos o al manejo de fármacos con rango terapéutico estrecho, la llamada inercia terapéutica, el uso de dosis subóptimas, la baja adherencia de muchos pacientes crónicos, y otros. La subutilización incrementa enormemente el fracaso terapéutico, entendido como los incrementos de morbilidad y mortalidad evitable con el adecuado manejo diagnóstico y terapéutico de los pacientes, lo cual se traduce en despilfarro por el gasto en hospitalizaciones y tratamientos de enfermedades y descompensaciones que se podían haber evitado. En este sentido, en el SNS existen evidencias de importantes deficiencias en resultados clínicos intermedios y factores de riesgo (nivel de hipertensión, hemoglobina glucosilada, etc.) que pueden guardar relación con las abultadas –y muy variables según territorios– cifras de “hospitalizaciones potencialmente evitables” (Abadía-Taira et al., 2011).

En el extremo contrario, la **sobreutilización** se refiere a la indicación de pruebas, tratamientos, intervenciones, visitas médicas y otras prestaciones sanitarias de forma innecesaria (sin beneficios clínicos para los pacientes). En el SNS existen evidencias directas de sobreutilización de antibióticos (entre el 6% y el 55% de los que se prescriben), hipolipemiantes (entre el 10% y el 79%), antiulcerosos (entre el 13% y el 54%), antiosteoporóticos (entre el 43% y el 92%), y psicótopos (25% de pacientes que reciben estos fármacos sin presentar desordenes mentales) (Abadía-Taira et al., 2011). La sobreutilización de pruebas diagnósticas está menos estudiada, pero algunos trabajos muestran las excesivas solicitudes de algunas pruebas de laboratorio y una extraordinaria variabilidad en las tasas poblacionales de realización de la mayor parte de las pruebas de laboratorio que sugiere un importante volumen de peticiones inadecuadas (Salinas et al., 2011). Sobre el sobreuso de pruebas de imagen un estudio reciente en atención primaria lo cifraba en torno a la cuarta parte de las exploraciones (Pérez y Guillén, 2007). Asimismo, hay que considerar también los más habituales: las propias visitas a atención primaria, actuaciones preventivas de discutible eficacia o las derivaciones a la atención especializada (Gervás et al, 2008) o la huida masiva de pacientes “no urgentes” hacia los servicios de urgencia hospitalarios (Peiró et al, 2010). La sobreutilización implica uso innecesario (consumo de recursos sin beneficios en términos de salud) y, por tanto, despilfarro directo de recursos que podrían ser

empleados en otros pacientes o en otros usos. Pero la sobreutilización también implica daño e indirectamente más despilfarro. El derivado de los falsos positivos, de la irradiación de las pruebas radiológicas, de las pruebas para descartar falsos hallazgos, tratamientos innecesarios con sus correspondientes efectos adversos evitables, etc. Y, por descontado, molestias, gastos (desplazamientos, copagos, preocupación por el etiquetado diagnóstico) y pérdidas de calidad de vida para los pacientes y sus familias y para la comunidad.

Un tercer área donde centrar la atención son los problemas de **seguridad y los efectos adversos**. En este ámbito cabe destacar los estudios promovidos en los últimos años en el área de hospitalización (estudio ENEAS), (Aranaz Andrés, 2006) en atención primaria (estudio APEAS) (Aranaz Andrés, 2006), residencias (estudio EARCAS) (Aibar Remón, 2011) y en algunos otros campos más específicos. Los resultados, como resaltan los diversos informes, no son muy diferentes a los hallados en otros países desarrollados, pero por eso mismo son muy preocupantes. Según el ENEAS, el 9,3% de los pacientes hospitalizados presentaron algún efecto adverso (EA). El 16% de estos EA eran graves y el 42,8% evitables. La aplicación de estos porcentajes a los 5,2 millones de ingresos hospitalarios que se produjeron en España en 2006 supondrían 450.000 efectos adversos hospitalarios/año (200.000 evitables); de ellos, 90.000 graves (40.000 evitables). Los resultados del APEAS no son más reconfortantes: se produjo un EA por cada 100 visitas (medicina general: 1,03; enfermería: 1,15; pediatría: 0,48), casi la mitad relacionados con medicamentos. Un 64,3% de los EA fueron leves, 30,0% moderados y 5,7% graves, y un 46% eran evitables. Si se aplican estos porcentajes a los casi 400 millones de consultas anuales estaríamos hablando de 3 millones de efectos adversos por año, de los que unos 300.000 serían graves y 1,4 millones potencialmente evitables. Estas cifras sitúan los efectos adversos como uno de los principales problemas (evitables) de salud de la población española, probablemente el más importante junto a las enfermedades cardiovasculares y el cáncer.

2.2. Financiar y utilizar racionalmente basándose en resultados

La credibilidad del ajuste presupuestario en la sanidad depende sobre todo de la capacidad para evolucionar en un plazo razonable hacia una **financiación selectiva de las prestaciones médicas, los medica-**

mentos y las tecnologías basada en el mejor conocimiento científico disponible. Invertir en evaluar la eficacia incremental comparada de cualquier nuevo tratamiento, o de los ya existentes en el mercado, es la forma más efectiva de garantizar la solvencia futura del sistema sanitario público. Un aspecto que requiere abordaje urgente es financiar con recursos públicos sólo aquellos medicamentos, tecnologías, prestaciones y servicios que –además de eficaces y seguras– sean eficientes. Se trata de tomar en consideración de manera clara y explícita la dimensión de la eficiencia (el balance entre el coste adicional y el valor adicional en términos relativos) en la toma de decisiones relacionadas con la financiación pública, el precio y el uso adecuado de una innovación (AES 2008b, Puig-Junoy y Peiró, 2009).

A pesar de la crisis y de los recortes, en la sanidad pública seguimos anclados en la senda de hacer “menos” de lo mismo: acabamos financiando públicamente casi cualquier nuevo medicamento o prestación tanto si el coste por resultado en salud es razonable como si es desorbitado. Pagamos precios elevados por terapias que otros países con más renta no están dispuestos a pagar. A diferencia de otros países europeos, en España el valor terapéutico o grado de innovación no parece ser un factor clave en la determinación del precio de entrada de los medicamentos nuevos. En realidad, ni siquiera sabemos el coste por año de vida ganado ajustado por calidad–AVAC– de los medicamentos que se autorizan cada mes de forma centralizada.

Dado que la literatura internacional apunta a que los principales factores que impulsan el gasto sanitario son la adopción de innovaciones sanitarias y el aumento del uso por persona, es clave para la sostenibilidad de la sanidad disponer de un procedimiento de evaluación independiente de la eficacia/efectividad incremental y la relación coste-efectividad incremental que permita adoptar decisiones de financiación selectiva y de precio según valor. No puede resultar extraño que desde Bruselas se le reclame a España que mejore la relación coste-eficacia del sector sanitario (Puig-Junoy, Trapero-Bertran, 2013).

Esto supone añadir nuevos requerimientos al proceso de decisión y exige un marco que lo haga factible, tanto en lo tocante a la normativa como en el ámbito de la gestión clínica. Implica la necesidad de dotarnos de instituciones adecuadas para informar las decisiones sobre priorización de recursos que incorporen la dimensión de la eficiencia. La experiencia europea de la última década puede sernos de extraor-

dinaria ayuda ya que un número creciente de países–Inglaterra, Suecia, Holanda, Alemania, Portugal...– han apostado por distintos modelos de los cuales podemos aprender para no adoptar acríticamente una determinada fórmula sino aquella combinación de elementos de éxito identificados en diferentes experiencias y más fácilmente adaptables a nuestro medio y estructura (Oliva et al., 2008).

Así, la introducción de la evaluación económica de medicamentos en la práctica de las decisiones europeas de reembolso o financiación ha supuesto cambios importantes que afectan la organización del sistema de salud, el propio procedimiento para conseguir el reembolso, las decisiones de reembolso y la asignación de recursos que resulta de estas decisiones. De la observación de lo sucedido en estas dos últimas décadas se pueden identificar varias dimensiones básicas sobre las que definir la manera como cada sistema de salud quiere adoptar las imprescindibles decisiones de financiación selectiva de medicamentos y prestaciones.

En primer lugar, la **organización**. La función de una agencia evaluadora puede ser reguladora -autoridad decisora- o limitarse a una función asesora -hacer recomendaciones-. Las decisiones a adoptar sobre la base de los resultados de la evaluación pueden ser las de cobertura o reembolso, o también las de precios. En general, tienen más influencia en la toma de decisiones y la práctica clínica si la agencia tiene un papel regulador. En segundo lugar, el **objetivo** buscado. La mayoría de agencias persiguen la mejora de la eficiencia, usando la relación coste-efectividad de forma explícita. Tanto las reformas recientes en Francia como en Alemania tienden a introducir también la relación coste-efectividad en la decisión o negociación del precio de los nuevos medicamentos. Tercero, su **ámbito de aplicación**. Si bien inicialmente las grandes agencias europeas se limitaban a evaluar nuevos medicamentos, en los últimos años es común expandir la evaluación a otras tecnologías y a casi cualquier intervención sanitaria. Cuarto, los **procedimientos** a aplicar. Hay varias características que distinguen y diferencian los procedimientos de evaluación que se emplean en cada país y que condicionan la aceptabilidad, transparencia y legitimidad de las decisiones basadas en los resultados de la evaluación. Sin extendernos demasiado, el grado de independencia de la agencia evaluadora; su protección frente a los conflictos de interés, los plazos del procedimiento de evaluación (explícitos y de obligado cumplimiento) y la posibilidad de que los afectados (industria, los profesionales y los pacientes) partici-

pen en el proceso, así como la existencia de reglas explícitas de apelación, son algunos de los elementos a considerar. Quinto, los **métodos de evaluación** a aplicar. La evaluación debe incluir siempre la efectividad clínica (incremental o comparada) y, con matices, el análisis coste-efectividad incremental. Sexto, los **criterios de decisión**. Las principales agencias europeas priorizan según beneficio clínico, pero no todas consideran la relación coste-efectividad de manera explícita. En este punto se sitúa el debate sobre el uso de umbrales explícitos o implícitos de disposición máxima a pagar por un Año de Vida Ajustado por Calidad y su adaptación para ciertos tratamientos, como es el caso de las terapias oncológicas. Y séptimo, la **implementación**. Aunque inicialmente fuera del ámbito de interés de las agencias de evaluación, la forma de trasladar a la práctica sus decisiones no puede quedar al margen de las agencias. En varios países se adoptan incentivos financieros y no financieros para favorecer la adopción de las decisiones en la práctica clínica.

Si realmente se desea emprender un camino más racional para que la financiación se base en la efectividad comparada y la relación coste-efectividad, conviene, a la luz de la experiencia europea, no encallarse en el “quién” debe evaluar sino centrarse en el “qué”, “cuando”, “cómo” y “para qué” evaluar. Lo que ocurra en España en el futuro próximo, más allá de las palabras y de la normativa, dependerá de la opción que se tome ante las alternativas conocidas para cada una de las anteriores dimensiones.

Por otra parte, los criterios de eficiencia deben ser usados no sólo para valorar qué nuevas tecnologías se deben incorporar a la cartera de servicios del SNS, sino también para valorar las tecnologías a retirar (Campillo-Artero y Bernal-Delgado, 2012; Repullo, 2012; Bernal-Delgado et al., 2012). Las decisiones de desinversión y reinversión deberían estar guiadas por la evidencia científica sobre la efectividad comparativa y la eficiencia relativa de las actuaciones preventivas, los tratamientos y las pruebas. En suma, decisiones de inversión y desinversión deberían ser lo suficientemente transparentes para que las partes implicadas conozcan y comprendan (aunque no las compartan) las decisiones adoptadas y puedan servir de guía a la innovación.

Otro aspecto a considerar en este epígrafe es el papel que deben jugar las aportaciones de los usuarios-los llamados **copagos**-dentro del ámbito del SNS. Si no se desea que se convierta en un impuesto sobre la enfermedad, el copago debe tener un papel

recaudatorio limitado. Sería más deseable un copago evitable y basado en criterios de efectividad, a un copago lineal y obligatorio. Si es obligatorio, como es el caso actual, lo óptimo es que sea de importe reducido para todos, que se acumule la cifra total que paga un paciente por cualquier tipo de copago, con un límite máximo de aportación (Suecia) o un porcentaje de la renta (Alemania), dejando fuera del copago, o siendo muy reducido, para pacientes con enfermedades crónicas. El coste de no seguir un tratamiento efectivo, por ejemplo, después de un infarto, es demasiado elevado como para disuadir a los pacientes imponiendo elevados copagos.

Idealmente, un buen diseño de copagos debería hacer que éstos fueran evitables en aquellos casos donde el tratamiento sea más necesario y efectivo, y el paciente pagara la diferencia hasta el precio de otros tratamientos más caros pero que aportan escaso valor para la salud. El elemento clave del diseño de copagos afinados, es que deben estar basados en el valor. Y este valor debe ser determinado por la evidencia científico-clínica (Puig-Junoy, 2012). Así se hace en muchos países europeos; por ejemplo, en Francia, donde el copago depende del grado de necesidad y de la eficacia del tratamiento (cuanto más necesario y eficaz menor es el copago), o en Alemania y Holanda con esquemas de copagos evitables. Por otra parte, no debe dejar de ser mencionado que el copago disciplina no sólo al paciente sino también al médico, ayudando a un uso más racional de los recursos.

La reforma del sistema de copago farmacéutico iniciada con las medidas adoptadas en julio de 2012 a las que se ha añadido la desfinanciación de una lista de medicamentos para síntomas menores y los intentos de aplicar tasas autonómicas sobre la prescripción requiere un rediseño importante, así como una evaluación afinada y urgente de sus consecuencias a la vista del notable efecto reductor del número de recetas. El necesario rediseño debe tener en cuenta diversos factores. En primer lugar, que cualquier copago aplicado debe ser acumulativo, sea farmacéutico o sobre otros servicios, con un límite máximo para cualquier persona, con independencia de que sea activo o pensionista. Puede tener efectos contraproducentes la aplicación de copagos importantes sin aplicar o sin saber gestionar este límite. En segundo lugar, sería bueno huir de la trampa de un copago supuestamente relacionado con la renta ya que el actual no lo está: lo que se relaciona con la renta es el porcentaje del precio de cada envase que un paciente tiene que pagar pero no el importe total

que durante un período de tiempo paga un paciente, teniendo en cuenta que el gasto se acumula en un número reducido de pacientes. Y, en tercer lugar, se debería apostar más por un copago disuasorio que no recaudatorio, evitando efectos indeseados de compensación en forma de más utilización de otros servicios sanitarios (urgencias y hospitalización de los pacientes más graves), mediante el desplazamiento hacia copagos evitables y diferenciales que sean reducidos o nulos para los tratamientos más necesarios y efectivos y más elevados para los de peor relación coste-efectividad.

El tercer gran aspecto a reseñar dentro de este epígrafe es la necesidad de superar la gestión sanitaria basada en compartimentos estancos, con mentalidad de “silo”. Los recursos de que disponemos se reparten en presupuestos compartimentados entre niveles asistenciales –atención primaria, hospitales, socio-sanitarios- y entre tipos de productos –recetas médicas, medicamentos hospitalarios, prótesis- como si fueran partidas sin relación, en lugar de repartirlos según el coste justificado de la atención integral que requiere un paciente, al margen de donde reciba esa atención. Debemos orientar los presupuestos para pagar por aquello que deseamos obtener. Por tanto, la línea de cambio es empezar a pagar en el margen por resultados en salud: pagar más por tener a los pacientes sanos que no por tener más descompensaciones de pacientes crónicos o más reingresos por complicaciones después de una intervención quirúrgica o por excesos en la cirugía electiva; pagar más por visitas resolutorias que por derivaciones de pacientes entre profesionales sin resolver sus problemas de salud. Ello requiere **integrar los presupuestos compartimentados entre niveles asistenciales** (primaria, especializada, socio-sanitaria, farmacia) mediante una financiación fija preestablecida por toda la atención de una persona según sus características (riesgos) que ayude a visualizar el coste integral de la atención a un paciente, limitando así la visión parcial y fragmentada que hoy centrifuga y encubre la falta de resolución clínica.

Frente a la actual compartimentación de niveles asistenciales, la integración de presupuestos a través de una financiación prospectiva basada en una cápita ajustada por las características de la población cubierta contribuiría a fomentar la atención integral de la salud y la dependencia y a visualizar los costes totales derivados de su atención. La integración a nivel macro debería incluir, entre otras cosas, la obligación de rendir cuentas sobre el desempeño de las organizaciones en su ámbito geográfico correspon-

diente (Observatori del Sistema de Salut de Catalunya, 2012), lo que a su vez favorecería la introducción de mecanismos de pago por resultados, reforzando así los incentivos a ofrecer una asistencia resolutoria y orientada a mantener una población sana y cuidada (Urbanos et al., 2012).

2.3. Coordinación entre niveles y sistemas

Las enfermedades crónicas son, con diferencia, la primera causa de morbilidad en España, consumiendo la mayor parte del presupuesto sanitario, además de tener un fuerte impacto en otras dimensiones económicas (Oliva-Moreno, 2012). Las enfermedades crónicas tienen características específicas que dificultan su gestión por los esquemas tradicionales de las organizaciones sanitarias, más diseñados para el abordaje de las enfermedades agudas y las infecciosas. Sus causas son múltiples y complejas. En su desarrollo intervienen numerosos factores de riesgo, están sujetas a un patrón de recurrencia y deterioro progresivo, su naturaleza es permanente, se desarrollan a lo largo de la vida, tienen una prevalencia mucho más elevada en la vejez, y tienden a producir incapacidad funcional y dependencia. Desde la perspectiva de los servicios sanitarios presentan tres características esenciales: (1) son en buena parte prevenibles a través de cambios en los estilos de vida y cambios sociales; (2) una vez sobrevenidas, es posible prevenir sus exacerbaciones y descompensaciones y mantener la calidad de vida de los pacientes reduciendo el consumo futuro de servicios sanitarios; y (3) su abordaje requiere la prestación de servicios clínicos complejos a largo plazo y a través de todo el continuo asistencial, con acceso coordinado a diferentes recursos sanitarios (fármacos, pruebas diagnósticas, cirugía, rehabilitación, prótesis, cuidados de enfermería, transporte) y, en muchos casos, extendida a los servicios sociales.

Pese a algunos avances recientes (Ollero Baturo y Orozco Beltrán, 2011; Gobierno Vasco, 2010; Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012) la atención a las enfermedades crónicas permanece centrada en torno al manejo de sus exacerbaciones agudas. Todos los sistemas sanitarios de los países desarrollados, incluyendo el SNS, buscan fórmulas para **mejorar la atención a los pacientes crónicos** al tiempo que reducen el gasto derivado de sus frecuentes exacerbaciones y descompensaciones. El llamado Chronic Care Model (Wagner et al, 2001) –basado en la promoción de los autocuidados, el rediseño de la organización, los sistemas de información

clínicos y los recursos comunitarios, especialmente de atención primaria- es la aproximación más visible en nuestro entorno, pero el consenso general sobre sus ventajas no reduce la incertidumbre sobre su implementación y desarrollo en el contexto del SNS, un sistema extremadamente jerarquizado y con fuertes barreras entre niveles asistenciales y dentro de los propios niveles. Se trata de un aspecto esencial de cuya resolución depende buena parte de la estabilidad financiera del SNS pero también la efectividad y calidad de los cuidados que presta, un aspecto esencial de su solvencia.

Para responder al anterior reto, se precisa de una **mayor coordinación intersistemas**. Es decir, entre el sistema sanitario y el sistema de servicios sociales. El aspecto esencial sobre el que avanzar es tender puentes que permitan ir construyendo una cultura de la cooperación entre ambos sistemas. Para ello se ha de ser consciente de que la verdadera solución integral a los problemas crónicos de salud de las personas sólo podrá alcanzarse incluyendo en el diseño de sus programas asistenciales la experiencia y conocimiento de ambos sistemas. Sin embargo, esta coordinación se debe armar o propiciar. No surgirá de manera espontánea. En este sentido, los aspectos a reforzar sobremanera es considerar que las políticas de salud deben ir más allá de los aspectos exclusivamente sanitarios y que la promoción de la autonomía personal no es meramente la atención a las personas en situación de dependencia (SESPAS, 2011; Oliva et al., 2011). Para vertebrar ambos elementos, el papel de la Salud Pública como elemento cohesionador de la coordinación entre atención sanitaria y a la atención social es clave. Si el objetivo de la Salud Pública es garantizar que las personas vivan en condiciones saludables, entonces su ámbito de actuación, debe trascender el ámbito sanitario e identificar y actuar sobre los determinantes de la salud presentes en ámbitos no sanitarios como la atención social, la educación, el mercado laboral, el urbanismo o las políticas de fiscales, por citar algunas, en los que se generan o transmiten desigualdades sociales y de salud (**Salud en todas las Políticas**) (Artacoz et al, 2010; González López-Valcárcel y Ortún, 2011). Mirando a dos o tres décadas vista, un elemento clave para la sostenibilidad del Estado de Bienestar será el estado de salud de las personas de 65 y más años. Pero dicho estado no dependerá de las inversiones sanitarias realizadas en ese momento, sino de las inversiones realizadas a lo largo de la vida de las personas, desde la infancia (o incluso antes, con el cuidado prenatal), la juventud y la madurez, siendo dichas inversiones en gran medida de carácter no sanitario. Muchas de estas inversiones transitan por acuerdos entre agentes

sociales (piénsese en la reducción de sal en las comidas preparadas), contenidos curriculares a incorporar en los planes educativos de población en edad infantil y joven o del desarrollo de investigación aplicada que identifique políticas de éxito en otros países (fiscales, de coordinación entre sistemas,...) y, por tanto, no requieren de grandes dotaciones presupuestarias para su implementación. Se ha de ser consciente de que las inversiones que tratan de modificar hábitos individuales, comportamientos sociales o de crear entornos favorables para la salud sólo tienen retornos en el largo plazo. Sin embargo, no por ello son menos necesarias de acometer.

Un último aspecto a considerar dentro del apartado de coordinación es el plantearnos los escenarios de desarrollo de la **colaboración público-privada en sanidad** y, en concreto, sobre las **fórmulas de gestión de los servicios sanitarios**. En este sentido, la propuesta de nuevos planteamientos o el ahondar en estrategias ya implementadas deberían, en teoría, partir de la combinación de los puntos fuertes de cada sistema en su aplicación real, con especial énfasis en la búsqueda de la rentabilidad social pero sin dejar de diseñar esquemas eficientes de incentivos apoyados en elementos de comparación y competencia. Durante las dos últimas décadas en España hemos experimentado con todo tipo de fórmulas de gestión y cambios de formas organizativas dentro de la gestión sanitaria, tanto en el campo de la gestión directa (pública) como indirecta (privada) (al lector interesado en los detalles de las fórmulas de gestión se le remite a Abellán et al., 2012). En estos años deberíamos haber acumulado información relevante sobre la fortalezas y la debilidades detectadas de cada una de las fórmulas elegidas. Sin embargo, resulta triste constatar que no existen evaluaciones independientes realizadas en nuestro medio sobre esta cuestión. La opacidad en los resultados de las experiencias implementadas conlleva una falta de conocimiento que propicia recelo y desconfianza sobre las mismas y lastra el desarrollo de nuevos escenarios.

Para obtener algún conocimiento sobre la cuestión debemos recurrir a la literatura internacional (Hellowell y Pollock, 2009; Vecchi et al, 2010; Mason et al., 2010; Cooper et al., 2012). La principal conclusión de la reciente experiencia británica, bandera en experimentos de colaboración público-privada, es que la gestión privada de los servicios sanitarios no es necesariamente mejor que la gestión pública...ni al contrario. Factores tales como el entorno administrativo e institucional, la cultura de los centros, las condiciones de los contratos y la adecua-

da supervisión por parte del financiador de la calidad del servicio prestado son los elementos a tener en cuenta cuando se analizan estos casos. En cambio, sí parece claro que el fomento de la comparación y la competencia entre centros (con independencia de la forma jurídica de gestión) sí puede ayudar a mejorar sus resultados, tanto en términos de eficiencia como de calidad clínica.

2.4. Buen gobierno de la sanidad y complicidad de los actores

El cuarto eje es el más complejo de abordar ya que supone un cambio cultural profundo dentro del SNS e incluso trasciende a este ámbito. Una buena gobernanza influye positivamente en todas las funciones del sistema sanitario, mejorando su desempeño y, en última estancia, los resultados de salud (Council of Europe, 2010). La buena gobernanza de los sistemas sanitarios debe apoyarse en valores fundamentales como son los derechos humanos, el cumplimiento de las leyes y la democracia; y en principios rectores a los que responde la sanidad pública: universalidad, equidad, y solidaridad. Pero las anteriores normas deben ser complementadas por otros principios de buen gobierno como serían construir un sistema mucho más transparente en la información proporcionada a usuarios, profesionales y ciudadanos; buscar fórmulas de participación en la toma de decisiones con los profesionales sanitarios y con la ciudadanía; desarrollar normas y estructuras concretas para que las personas responsables de la toma de decisiones rindan cuentas de las mismas y justificar las anteriores basándose en criterios explícitos de efectividad, eficiencia y calidad en todos los niveles del sistema sanitario. Complementariamente se debería promover, primero, y defender, a continuación, una cultura de integridad, buenas prácticas y de ética profesional a todos los niveles, códigos de conducta, atención a los conflictos de interés y prevención y detección del fraude y la corrupción.

La complicidad de los principales actores en el mantenimiento de la solvencia del SNS no será posible sin avanzar hacia normas de buen gobierno. Los profesionales sanitarios poseen motivación intrínseca, alto nivel de formación, elevado nivel intelectual, la relevancia social de su desempeño es enorme...y, sin embargo, uno de los colectivos profesionales con mayores índices de “burn out”. Ello debe hacer pensar en el rediseño de los actuales sistema de incentivos (Berdud, 2012): invertir en capital motivacional, retribución adecuada, profesionalizar la gestión, ca-

pacidad de discriminar el desempeño, y mayor grado de autonomía en éste, reconocimiento, tiempo para la formación e investigación, una mayor participación en las decisiones, desarrollo de la carrera profesional basada en elementos de mérito y desempeño profesional claros y explícitos. A cambio de ello, también debe ser exigible la aplicación de los mismos criterios generales propuestos: transparencia y rendición de cuentas en el desempeño.

Asimismo, la solvencia del sistema sanitario no será viable sin la corresponsabilidad de los usuarios con el sistema sanitario y con su salud. Partiendo de la visión de la economía de la salud sobre la producción de salud-quien produce salud no son los profesionales, no son las tecnologías empleadas, no son los gobiernos: son las personas -ciudadanos bien informados, competentes y comprometidos en la promoción y cuidado de su propia salud y bien formados en las ventajas y riesgos de la utilización de los servicios sanitarios. Ello supone incorporar a la ciudadanía como agente clave en la participación de la planificación de la coordinación asistencial y la coordinación intersistemas. Esto implica, por una parte, retos importantes para la cultura organizativa y profesional, puesto que se debe facilitar el acceso a la información, a su comprensión y a su valoración por parte del ciudadano, como parte de un proceso donde se incrementa su la capacidad de elección. Por otra, aumentan las obligaciones y responsabilidades de éste, toda vez que nos alejamos de la idea del paciente pasivo para subrayar los valores de participación y responsabilidad dentro de un marco responsable de uso de los servicios sanitarios y de la promoción y cuidado de la propia salud y autonomía personal (Cullen, 2004).

Sin embargo, para poder involucrar al resto de profesionales y agentes sociales debe existir un compromiso que se traduzca en la declaración de reglas claras por parte de los decisores de más alto nivel (representantes de la ciudadanía) y en un alto grado de exigencia ética (buen gobierno). Aunque el desempeño no sea sencillo, afortunadamente contamos con acertadas indicaciones para ayudarnos en el mismo (Meneu R; Ortún, 2011; Gobierno Vasco, 2011) y con la reciente experiencia de países de nuestro entorno que han apostado decididamente por dotar a su sistema sanitario de este tipo de normas en sus procesos (Department of Health, 2012).

3. CONCLUSIONES

El Sistema Nacional de Salud está siendo uno de los estabilizadores sociales clave en España para que

la crisis económica no derive en una crisis social de gran magnitud. El que los ciudadanos tengan acceso, hasta hace poco tiempo prácticamente universal, a la sanidad pública es un logro y un derecho del que disfrutamos, pero es un elemento de cohesión social y de protección de la salud que está mostrando todo su valor en los más duros momentos de esta crisis.

En poco tiempo, buena parte de los mensajes políticos han pasado de un discurso acrítico hacia nuestro SNS, aludiendo únicamente a sus bondades, a mutar en mensajes catastrofistas, a veces dirigidos por las mismas personas, que aluden a imágenes de despilfarro general, desmotivados profesionales que persiguen más su interés propio que el bien general, ciudadanos que hacen un uso inadecuado de los recursos sanitarios y un sistema sanitario público que, en suma, resulta financieramente insostenible. Sin embargo, tan ficticio era el primer discurso-cualquier sistema, por brillante que sea, siempre tiene margen de mejora y ha de responder a nuevos retos-como este segundo-que oculta deliberada y torticeramente las fortalezas del SNS.

Sí parece claro, y no habría que engañarse en ello, que en un contexto de ingresos públicos reducidos y con escaso o nulo margen para incrementar la deuda, parece un imperativo del que será difícil escapar el lograr un mejor desempeño con menos recursos disponibles. Los cuatro ejes señalados marcan una agenda a desarrollar, en el entendimiento de que los mismos no sólo son complementarios entre sí, sino que difícilmente pueden entenderse por separado y que el éxito de avanzar en una propuesta de estas características exigiría que se acometieran conjuntamente.

Expresado en términos más concretos, la solvencia del Sistema Nacional de Salud y la posibilidad de desarrollar políticas de salud intersectoriales que amortigüen los efectos de la crisis económica sobre la salud de los ciudadanos pasarán necesariamente por conjugar la gestión eficiente de los recursos con un especial énfasis en la equidad de las políticas implementadas. Para ello, condiciones necesarias, aunque no suficientes, serán apoyarnos en las fortalezas de nuestro sistema, pero también identificar bolsas de ineficiencia, aprender de experiencias ajenas aplicándolas con inteligencia en nuestro medio, apelar al liderazgo y compromiso de los profesionales sanitarios y favorecer la participación ciudadana, tomar decisiones informadas y cultivar la evaluación de nuestras políticas no como una herramienta relativamente útil, sino como parte del cambio cultural necesario

para que nuestro sistema sanitario continúe manteniendo y mejorando el bienestar social.

La impasividad, las medidas centradas exclusivamente en el corto plazo y las decisiones alejadas del conocimiento científico-técnico, conllevan una erosión de la calidad del sistema y arriesgan la desafección del ciudadano hacia el sistema sanitario público y hacia sus representantes. Un mantra repetido hasta la saciedad en los últimos tiempos es que hay que tomar decisiones valientes. Sin duda. Pero quienes firmamos estas líneas opinamos que las decisiones deben ser sobre todo inteligentes, bien informadas por pruebas científicas, justificadas ante los ciudadanos, legitimadas por normas de buen gobierno y que repartan los sacrificios entre los agentes implicados. Lo demás no serán sino cuentos llenos de ruido y de furia, sin significado alguno.

4. REFERENCIAS EMPLEADAS (POR ORDEN ALFABÉTICO):

- Abellán Perpiñán JM, Martínez Pérez JE, Méndez Martínez I, Sánchez Martínez FI, Garrido García S (2012). Financiación y eficiencia del sistema sanitario público de la Región de Murcia. Consejo Económico y Social de la Región de Murcia.
- Abadía-Taira MB, Martínez-Lizaga N, García-Armesto S, Ridao-López M, Yañez F, Seral-Rodríguez M, et al. (2011). Variabilidad en las hospitalizaciones potencialmente evitables relacionadas con la reagudización de enfermedades crónicas. *Atlas Var Pract Med Sist Nac Salud*; 4:345-63.
- Agencia Tributaria. Informes Anuales de Recaudación Tributaria. Varios años. [consultado 15/11/2012]. Disponible en: http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio_es_ES/La_Agencia_Tributaria/Memorias_y_estadisticas_tributarias/Estadisticas_tributarias/_Estadisticas_tributarias_.shtml
- Aibar Remón C, Dir. Estudio EARCAS - Eventos Adversos en Residencias y Centros Asistenciales Sociosanitarios (2011). Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. [consultado 28/12/2012]. Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/EARCAS.pdf>

- Aranaz Andrés JM, Dir (2006). Estudio Nacional sobre los Efectos Adversos ligados a la Hospitalización, ENEAS 2005. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. [consultado 28/12/2012]. Disponible en: http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/opsc_sp2.pdf
- Aranaz Andrés JM, Dir. (2006) Estudio sobre la seguridad de los pacientes en atención primaria de salud (APEAS). Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. [consultado 28/12/2012]. Disponible en: <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/LibroAPEAS.pdf>
- Artacoz L, Oliva J, Escrivá V, Zurriaga G. (2010). La salud en todas las políticas, un reto para la salud pública en España. Informe SES-PAS/Gaceta Sanitaria; 24 (Supl 1):1-6
- Asociación de Economía de la Salud (AES) (2008a). Aportaciones al diagnóstico sobre el SNS español para un Pacto por la Sanidad. Barcelona: Asociación de Economía de la Salud; 2008. [consultado 28/12/2012]. Disponible en: <http://www.aes.es/Publicaciones/sintesispac-toMSC.pdf>
- Asociación de Economía de la Salud (2008b) Posición de la Asociación de Economía de la Salud en relación a la necesidad de un mayor uso de la evaluación económica en las decisiones que afectan a la financiación pública de las prestaciones y tecnologías en el Sistema Nacional de Salud. [consultado 28/12/2012]. Disponible en: <http://www.aes.es/Publicaciones/AESEE2.pdf>
- Barrios V, Calderón A, Escobar C, de la Figueira M (2012). Primary Care Group in the Clinical Cardiology Section of the Spanish Society of Cardiology. Pacientes con fibrilación auricular asistidos en consultas de atención primaria. Estudio Val-FAAP. Rev Esp Cardiol;65(1):47-53.
- Berdud M, Cabasés JM, Nieto J (2012). Motivational Capital and Incentives in Health Care Organisations. D.T.1209. Universidad Pública de Navarra.
- Bernal-Delgado E, García-Armesto S, Campillo-Artero C (2012). ¿Sirven los estudios de variabilidad geográfica de la práctica para informar de la desinversión? Varias cautelas y algunas reflexiones. Gac Sanit. 2012. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2012.02.004>
- Berwick DM, Hackbarth AD (2012). Eliminating waste in US health care. JAMA;307:1513-6
- Campillo-Artero C, Bernal-Delgado E (2012). Reinversión en sanidad: fundamentos, aclaraciones, experiencias y perspectivas. Gac Sanit. 2012. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2012.01.010>
- Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) (2011). Calidad de los servicios públicos, VI. Distribuciones marginales. Estudio nº 2.908. Junio-Julio.
- Cooper Z, Gibbons S, Jones S, McGuire A (2012) Does Competition Improve Public Hospitals' Efficiency? Evidence from a Quasi-Experiment in the English National Health Service. Centre for Economic Performance Discussion Paper No 1125. London School of Economics and Political Science.
- Council of Europe (2010). Recommendation CM/Rec (2010)6 of the Committee of Ministers to member states on good governance in health systems.
- Cullen R. (2004). Empowering patients through health information literacy training. World Library and Information Congress: 70 IFLA general Conference and Council 22-27 August. Buenos Aires <http://www.archive.ifla.org>
- Department of Health (2012). The Mandate. A mandate from the Government to the NHS Commissioning Board: April 2013 to March 2015. Presented to Parliament pursuant to Section 13A(1) of the National Health Service Act 2006. [consultado 15/11/2012]. Disponible en: <http://mandate.dh.gov.uk/>
- Gervas J, García Olmos LM, Simó J, Peiró S; (2008) [Paradoxes in referral from primary to specialist care]. Aten Primaria; 40(5):253-5.
- Gobierno Vasco. Departamento de Sanidad y Consumo (2010). Estrategia para afrontar el reto de la cronicidad en Euskadi. [consultado 15/11/2012]. Disponible en: <http://cronicidad.blog.euskadi.net/descargas/plan/EstrategiaCronicidad.pdf>
- Gobierno Vasco, Consejería de Salud y Consumo (2011). Recomendaciones del Consejo

Asesor sobre el Código de Buen Gobierno de la Sanidad Pública Vasca. consultado 15/11/2012. Disponible en: <http://www.irekia.euskadi.net/es/news/5158-buen-gobierno-sanidad-publica-vasca?t=1>

- González López-Valcárcel B, Ortún V (2010). Putting health in all welfare policies: is it warranted? A Southern European perspective. *J Epidemiol Community Health*; 64:497-9.

- Graham. C (2008). Happiness And Health: Lessons-and Questions-For Public Policy. *Health Affairs*; 27, 1.

- Hellowell M, Pollock AM (2009). The private financing of NHS hospitals: politics, policy and practice. *Economic Affairs*, 29.1: 13-19.

- Mason A, Street A, Verzulli R (2010). Private sector treatment centres are treating less complex patients than the NHS. *J R Soc Med*. 2010 Aug 1;103(8):322-31.

- Meneu R; Ortún V (2011). Transparencia y buen gobierno en sanidad. También para salir de la crisis- *Gac Sanit*;25 (4):333-8.

- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012). Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud [consultado 12/12/2012]. Disponible en: http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/ESTRATEGIA_ABORDAJE_CRONICIDADpdf

- Miravittles M, de la Roza C, Naberan K, Lamban M, Gobartt E, Martin A (2007). Use of spirometry and patterns of prescribing in COPD in primary care. *Respir Med*;101(8):1753-60.

- Nolte E, McKee CM (2008). Measuring the health of nations: updating an earlier analysis. *Health Aff (Millwood)*. 27(1):58-71.

- Observatori del Sistema de Salut de Catalunya. Central de Resultats. Quart informe. Àmbit hospitalari. Barcelona: Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut. Servei Català de la Salut. Departament de Salut. Generalitat de Catalunya; 2012.

- Oliva J, Antoñanzas F, Rivero-Arias O (2008). Evaluación económica y la toma de decisiones en salud. El papel de la evaluación económica

en la adopción y difusión de tecnologías sanitarias. Informe SESPAS 2008. *Gac Sanit*. 2008;22 Suppl 1:137-42.

- Oliva-Moreno J. "Loss of Labour Productivity Caused by Disease and Health Problems: What is the Magnitude of its Effect on Spain's Economy?" *Eur J Health Econ*. 2012 Oct;13(5):605-14

- Oliva J, Zunzunegui V, García-Gómez P, Herrera E (editores) (2011). Desafíos en la autonomía y la atención a la dependencia de la población mayor. Síntesis. *Gaceta Sanitaria* 25 Suppl 2:1-4.

- Ollero Baturone M, Orozco Beltrán D, eds. (2011). Documento de consenso - Conferencia Nacional para la atención al paciente con enfermedades crónicas. Sevilla: Mergablum; [consultado 28/12/2012]. Disponible en: http://www.opimec.org/media/files/Enfermedades_Cronicas_V02.pdf

- Peiró S, Librero J, Ridao M, Bernal-Delgado E; Grupo de Variaciones en la Práctica Médica en el Sistema Nacional de Salud (2010). [Variability in Spanish National Health System hospital emergency services utilization]. *Gac Sanit*. 24(1):6-12.

- Pérez I, Guillén F (2007). [Unnecessary radiology in primary care]. *An Sist Sanit Navar*;30(1):53-60.

- Puig-Junoy J, Peiró S (2009). [From the therapeutic utility to the added therapeutic value and the incremental cost-effectiveness ratio]. *Rev Esp Salud Publica*. 2009;83(1):59-70..

- Puig-Junoy J (2011). ¿Recortar o desinvertir? *Economía y Salud*. Nº 72. Diciembre.

- Puig-Junoy J (2012). ¿Quién teme al copago? El papel de los precios en nuestras decisiones sanitarias. Barcelona: Libros del Lince.

- Puig-Junoy J, Trapero-Bertran M (2013). El factor de sostenibilidad de la sanidad pública: una agenda. *Diario El País*, 31 de mayo.

- Repullo JR (2012). Taxonomía práctica de la «desinversión sanitaria» en lo que no añade valor, para hacer sostenible el Sistema Nacional de Salud. *Rev Calid Asist*;27:130-8.

- Rodríguez Roca GC, Barrios Alonso V, Aznar Costa J, Llisterri Caro JL, Alonso Moreno FJ, Escobar Cervantes C, et al. (2007). Características clínicas de los pacientes diagnosticados de insuficiencia cardiaca crónica asistidos en Atención Primaria. Estudio CARDIOPRES. *Rev Clin Esp*; 207(7):337-40.
- Salinas M, López-Garrigós M, Díaz J, Ortuño M, Yago M, Laíz B, et al (2011). Regional variations in test requiring patterns of general practitioners in Spain. *Ups J Med Sci*;116(4):247-51.
- Sanfélix G, Peiró S, Gosalbes Soler V, Cervera Casino P (2006). La prevención secundaria de la cardiopatía isquémica en España. Una revisión sistemática de los estudios observacionales. *Aten Primaria*;38:250-7.
- Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS) (2011). Declaración de Toledo. Consultado 15/11/2012. Disponible en: <http://www.sespas.es/adminweb/uploads/docs/02.pdf>
- Urbanos R, González B, Puig-Junoy J(2012),La crisis económica llega a la sanidad pública, *Economistas* 131:158-16
- Vecchi V, Hellowell M, Longo F (2010). Are Italian healthcare organizations paying too much for their public-private partnerships? *Public Money & Management*, 30(2): 125-132.
- Wagner EH, Austin BT, Davis C, et al. (2001) Improving chronic illness care: translating evidence into action. *Health Aff (Millwood)*;20:64-78.

LAS TASAS JUDICIALES EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

M^a del Carmen González Carrasco

*Profesora acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil
Universidad Castilla La Mancha*

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CARACTERES DE LA TASA
- III. ¿QUÉ PROBLEMAS SUBSISTEN SI SE HA BAJADO SUSTANCIALMENTE LA VARIABLE LA TASA?
- IV. INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA
 - A) Consecuencias para el paciente
 - B) Consecuencias para los profesionales sanitarios
- V. POSIBLES SOLUCIONES

I. INTRODUCCIÓN

La tasa de acceso a la Administración de Justicia es un tributo de carácter estatal que deben satisfacer en determinados supuestos los usuarios no exentos de la misma, ya sean personas físicas o jurídicas, por acudir a los Tribunales y hacer uso del servicio público de la Administración de Justicia. La gestión de este tributo está legalmente encomendada al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. La posibilidad de exigir el pago de estas tasas entró en vigor el 1 de abril de 2003, regulándose actualmente por la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, modificada por Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Desde el año 2002 regía la obligatoriedad de la tasa judicial solo exigibles a empresas de gran facturación que afectaba a menos jurisdicciones y establecía cuantías muy inferiores a las actuales. En virtud de esta tasa, la única anteriormente vigente, se recaudaron 164,4 millones de euros en 2011.

El Anteproyecto de la Ley de Tasas se planteó única y exclusivamente como una “revisión del sistema de tasas judiciales en segunda instancia”. Posteriormente, se revisaron todas las instancias y jurisdicciones, con excepción de la penal.

El Gobierno tenía previsto cobrar por el ejercicio 2013, 436M de euros¹. De esta cuantía había que deducir el importe de los ingresos por tasa correspondientes a los pleitos que se benefician de la asistencia jurídica gratuita (94.195.741,50 euros), lo cual arrojaría unos ingresos netos de 306.091.358,50 euros. Pero no se tomó en cuenta el impacto que la propia ley tendrá en el número de procedimientos judiciales, efecto derivado de su expreso propósito disuasorio. Por ello, el Gobierno central ha recaudado un 60% menos de lo previsto con las tasas judiciales en el primer trimestre del 2013, según datos facilitados por la Agencia Tributaria al Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB).

¿Dónde están esos pleitos? ¿Cómo ha afectado

¹ Presupuestos Generales del Estado, página 14, la partida nº 303 de ingresos, dentro de la Sección: 98, Ingresos del Estado, Servicio: 01 Ingresos del Estado. “Tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional”.

la entrada en vigor de la Ley de Tasas a los procesos en demanda de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y/o en demanda de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, de centros y profesionales sanitarios?

Sobre todo, en la “drástica reducción”, en las demandas contra las Administraciones Públicas, que deberían ser –según presidente del Consejo General de la Abogacía Española– “la garantía del ciudadano ante los actos de la administración, así como en la prevención contra la vía civil por el mismo motivo.

II. CARACTERES DE LA TASA

La tasa actualmente vigente se extiende a la interposición de demanda, de reconvencción, recurso de los distintos procesos previstos en el orden civil y en el contencioso administrativo, así como a la interposición de los recursos de apelación y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo y de los recursos de suplicación y de casación en el orden social. Únicamente se eximen demandas y recursos en procesos de capacidad, filiación y menores, así como procesos matrimoniales que versen exclusivamente sobre guardia y custodia o alimentos de hijos menores, o que se trate de separaciones o divorcios de mutuo acuerdo, según la excepción que añade el RD Ley 3/2013. El resto de asuntos civiles, sean de Familia o de cualquier otro ámbito, están incluidos, salvo que se trate de reclamaciones de cantidad no superiores a 2.000€, siendo que las demandas por responsabilidad sanitaria siempre superan esta cifra.

La tasa consta de dos partidas: 1) una cuota fija en función del tipo el procedimiento, y 2) una cuota variable en función de la “cuantía” del proceso. Ambas se suman siempre en todos y cada uno de los casos. Esto es, en primer lugar se establecen unas cantidades fijas en función del tipo de actuación judicial. En la jurisdicción civil: verbal 150 €, ordinario 300 €, monitorios 100 €, ejecuciones y concursos 200 €, apelación 800 €, casación 1.200 €; En contencioso-administrativo, la tasa fija es del procedimiento abreviado es de 200 € y del ordinario 350 €.

A esa cuantía fija se añade una tasa variable en cada instancia, en cada actuación, sumándose siempre a la tasa fija.

Antes de la Reforma operada por RD Ley 2013, la tasa variable se calculaba en un 0,5% de la cuantía procesal (cuando se reclama una indemnización es

la cantidad solicitada) hasta 1.000.000 € y a partir de 1.000.000 € de cuantía procesal el 0,25 % de la misma (con el límite de 10.000 € por instancia). Según la Ley de Tasas vigente con anterioridad a dicha reforma, unos padres que reclamaron 600.000€ de indemnización para su hija con gravísimos daños cerebrales en causados por una negligencia médica en un parto, y a los que solo les dieron la razón en el Tribunal Supremo, tendrían que haber pagado al Estado 11.300 € por tasas judiciales, no todas ellas recuperables.

Ante el clamor expresado por Jueces, Fiscales, Abogados y asociaciones de consumidores, la Defensora del Pueblo transmitió el día 12 de febrero de 2013 al Ministro de Justicia la viabilidad del modelo de tasas judiciales que no consideró lesivo de derecho alguno y que, según la institución, contribuiría a mantener el derecho a la justicia gratuita. Sin embargo, puso de manifiesto casos concretos individualizados en los que la cuantía fijada en la tasa podría resultar excesiva.

Según el preámbulo del RD Ley 3/2013, fruto de la revisión que siguió al informe de la Defensora, era imposible establecer, sin colapsar más la justicia, un sistema de gestión que permitiese un análisis individualizado de la capacidad económica de cada persona obligada al abono de la tasa, así como a una posible ponderación entre la cuantía de la pretensión y la de la tasa. La solución adoptada fue de carácter global: en la reforma de la Ley, la cuantía fija de la tasa permanece inalterada en prácticamente todos los casos, pero con las siguientes modificaciones:

a) Se rebaja de un 0,50 por ciento a un 0,10 la cuota variable que debían abonar las personas físicas en función de la cuantía de la pretensión de su demanda

b) Además, si el límite máximo de pago por la cuota variable estaba fijada en 10.000 euros ahora desciende a 2.000. La rebaja será de aplicación tanto en primera como en segunda instancia y se extenderá también al orden Social, donde la primera instancia para trabajadores y autónomos ya era gratuita y en la segunda, este colectivo contaba con una exención del 60%.

c) Cuando los recursos contenciosos-administrativos tengan por objeto impugnar resoluciones sancionadoras pecuniarias, el importe de la tasa no podrá exceder del 50% del importe de la multa.

d) Cuando se trate de vivienda habitual, y en aquellos en los que se actúe contra los avalistas quedan fuera del régimen general previsto para la integración de las tasas en las costas a cargo del ejecutado.

e) Los procedimientos abiertos por incumplimientos de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo, también quedarán fuera del cobro de tasas. Como tuve ocasión de afirmar en otro foro², con la sujeción de la ejecución de títulos extrajudiciales quebraba la gratuidad del sistema arbitral de consumo y la propia finalidad incentivar la resolución de los litigios por medios extrajudiciales con que se ha presentado la nueva ley de tasas.

f) Se aclara el régimen aplicable a los procesos de familia, quedando exentos los que se inicien de mutuo acuerdo o por una de las partes con el consentimiento de la otra. En los demás casos sólo se reconocerá la exención cuando las medidas solicitadas versen exclusivamente sobre hijos menores. Los procesos matrimoniales no exentos del abono de la tasa se considerarán como procedimientos de cuantía indeterminada a efectos de la determinación de la base imponible, de forma que el importe variable será de 18 euros.

tasas en primera instancia y tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de apelación y casación.

Por lo tanto, tras el RDLey 3/2013 de 22 de febrero, las cuantías de las tasas de acceso a la Administración de Justicia ha quedado como sigue:

- En el orden jurisdiccional civil (**Tabla 1**).
- En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (**Tabla 2**).

Más un variable de 0,10 hasta un límite de 2000 euros (anteriormente 0,5% hasta 1.000.000 euros y a partir de esa cantidad, 0,25% con un límite de 10.000)³.

Según el Consejo General de la Abogacía Española, la reforma de la Ley de Tasas todavía “se aleja mucho de las normas constitucionales”. El presidente del Consejo General de la Abogacía Española anunció el pasado 14 de mayo que presentará ante el Ministerio de Justicia “cien casos concretos de violación del derecho fundamental de acceso a la justicia”, tras la aplicación de la Ley de Tasas Judiciales aprobada por el Gobierno, a pesar de la reforma operada

Tabla 1. Cuantías de las tasas de acceso a la Administración de Justicia en el orden jurisdiccional civil.

Verbal y cambiario	Ordinario	Monitorio, monitorio europeo y demanda incidental en el proceso concursal	Ejecución extrajudicial y oposición a la ejecución de títulos judiciales	Concurso necesario	Apelación	Casación y extr. por infracción procesal
150 €	300 €	100 €	200 €	200 €	800 €	1.200 €

Tabla 2. Cuantías de las tasas de acceso a la Administración de Justicia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Abreviado	Ordinario	Apelación	Casación
200 €	350 €	800 €	

² “Nota jurisprudencial a la Sentencia 190/2012, de 29 de octubre de 2012, del Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la administración de justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y consecuencias en torno a la constitucionalidad de la actualmente vigente (Ley 10/2012 de 20 de noviembre)”.

³ Ejemplos

En todo “juicio ordinario”, el más frecuente y más en este ámbito, se establece un fijo de 300€ más un variable del 0,10% por demanda (o por reconvencción) que se calcula sobre la llamada “cuantía procesal”, es decir, el valor económico que

sobre la misma y ha vuelto a reclamar a la Defensora del Pueblo que interponga un recurso de inconstitucionalidad que se uniría a los tres admitidos a trámite hasta la actualidad, interpuestos por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, Generalitat de Catalunya y Consejo de Gobierno de la junta de Andalucía.

III. ¿QUÉ PROBLEMAS SUBSISTEN SI SE HA BAJADO SUSTANCIALMENTE LA VARIABLE LA TASA?

La variable aplicable baja de 0,5 a 0,1 % con límite de 2000. La cuantía es sustancialmente más razonable que con la ley inicial, aunque se fija un límite a la tasa de 2.000€ de variable por actuación, por lo que los grandes pleitos en los que estén en juego cientos de millones de euros de euros entre dos multinacionales costará apenas un poco más que la demanda que interponen los padres de un niño que sufra una negligencia médica. Pero en todo caso, el verdadero problema de las tasas son ahora los recursos y el sistema de costas propio de ulteriores instancias, porque:

- Hace advertir al cliente (paciente, en nuestro caso) de que debe disponer de ese dinero porque si se produce la resolución y hay que recurrir, deberá depositar la tasas y, de lo contrario, precluirá su derecho.

la propia ley procesal asigna al pleito, y ese mismo 0,10% se añade a las tarifas fijas por apelación, casación, todas ellas por supuesto con su correspondiente 0,10% de variable. El resultado de la aplicación de la tasa en demandas (300€ de fijo más 0,101% de tasa variable sobre cuantía procesal) sería como se indica en los siguientes ejemplos de pleitos cotidianos en responsabilidad sanitaria: 1.300.000 €. Tasa judicial que correspondería por interponer demanda en primera instancia: (300 €+ 0,10% cuantía con límite 2000 euros): 300+1.300=2.600. Si hubiese que recurrir en apelación (800 € + 0,10% cuantía):2.100 Si pudiéramos interponer un recurso de casación + extraordinario por infracción procesal: 1.300 + 1.200 + 1.200 = 3.700. Total: 8.400 euros, de los cuales, en el caso de vencer finalmente, sólo recuperaría los 2.600 de la primera instancia.

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas - Se reclama al Estado 1.300.000€ como indemnización para un niño con graves daños por negligencia médica en un hospital de la Seguridad Social.

Fijo por procedimiento ordinario, por ser superior a 13.000 euros: 350 euros. 1.300 por variable: 1.650 euros.

Además del pago de las tasas judiciales referidas en la primera instancia, en caso de inadmisión de un recurso contencioso administrativo, el recurrente debe pagar 800€ adicionales, en concepto de tasa judicial por la interposición de recurso ordinario de apelación al que tendría derecho, en virtud del art. 81.2 LJCA, más el 0,10% de la cuantía procesal (1.300). En el ejemplo anterior, sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, por la sola interposición de un recurso contencioso-administrativo que es inadmitido, el recurrente abona otros 800€ más el 0,10% sin haber obtenido la tutela judicial solicitada, es decir, un pronunciamiento sobre el fondo.

- Las tasas de los recursos de apelación y casación interpuestos por el perjudicado contra sentencias desestimatorias no se recuperan.

- Aumento de las querellas criminales respecto a las demandas debido a que en la jurisdicción penal no existen tasas.

IV. INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

A) Consecuencias para el paciente

En primer lugar, en muchos casos la tasa impedirá de forma manifiesta el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial de sus intereses. La reducción de las tasas a abonar por la vía de reducir el variable determinará que, en un contexto de crisis como la actual, siga sin atenderse a la real capacidad económica de los ciudadanos, que seguirán obligados, en su caso, a abonar hasta 2.800 euros por presentar un recurso de apelación civil o hasta 3.200 euros por una casación civil (4.400 si junto con el recurso de casación interpone recurso extraordinario por infracción procesal). La Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2012, de 16 de Febrero, referida a las tasas anteriormente vigente, aplicables sólo a empresas, cuestiona precisamente la eventual legalidad de este tributo “si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables”.

Ello es así porque el apelado y en general, el vencido en casación por el recurrente (quien a su vez ha soportado las tasas expresadas en el texto), no puede ser condenado a las costas del contrario, salvo temeridad (art. 398.2 en relación con el 394 LEC 1/2000).

La tasa ya fue incluida en las costas por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Pero la abonada en primera instancia no se recupera vía costas si la demanda no se estima íntegra o, al menos, sustancialmente. Y eso es lo común en las demandas por responsabilidad civil sanitaria en las que existe un gran margen de discrecionalidad judicial a la hora de cuantificar el daño moral, sobre todo en los casos de pérdida de oportunidad. Si se quiere recurrir la desestimación total o parcial, la tasa fija de apelación es 800 euros más variable en vía civil. Y si se gana la apelación, se recuperan las de

primera instancia, pero no las de segunda instancia, porque no se imponen las costas al apelado cuya sentencia absolutoria se revoca en su contra en segunda instancia.

Si no se gana en segunda instancia y se quiere llegar al recurso de casación, es peor: 1.200 de fijo por casación+ 1.200 de fijo por recurso extraordinario por infracción procesal (2.400 euros), más variable hasta 2000. Para no recuperarlas tampoco. En numerosas actuaciones procesales concretas la propia ley no prevé condena en costas; y por tanto, al no haber condena en costas, la tasa por definición no se puede repercutir legalmente. Un ejemplo entre muchos, las apelaciones civiles y los recursos de casación, cuando son ganados por el recurrente. Art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Costas en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación. [...] 2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes”*. Igual ocurre en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La parte contraria también sabe que puede contar con negociar a la baja, considerando ese coste irre recuperable.

Además, en la Ley de Enjuiciamiento Civil no rige el principio del vencimiento puro; es decir, que la condena en costas, incluso cuando esté prevista para esa actuación concreta, no es automática para el perdedor, ni siquiera cuando se han estimado íntegramente las pretensiones. El juez puede y debe no condenar en costas al que ha perdido si considera que existen en el caso dudas de hecho o de derecho (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que, en puridad, debería ocurrir en muchos casos demandas basadas en el criterio de imputación consistente en la pérdida de oportunidad. Incluso cuando la ley establece la posibilidad de condena, y el juez hace uso de ella y la impone efectivamente, las costas no se pagan, ni la tasa entre ellas, en dos casos: Por expresa previsión legal, cuando el contrario condenado en costas goza del beneficio de justicia gratuita (art. 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); incluyendo no solo a las personas físicas (los que ganan en el conjunto de su unidad familiar menos del doble del IPREM), sino a entidades que gozan de ese beneficio, conforme al artículo 1.2 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita (las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso. Es decir, que quien demande a la Seguridad So-

cial, en vía administrativa o laboral, no podrá recuperar la tasa).

Incluso cuando hay posibilidad legal de condena en costas, en efecto la condena se impone, el contrario no tiene justicia gratuita y es solvente, las costas tiene un límite: el límite del tercio de lo reclamado (artículo 394.3 LEC). En pleitos de cuantías mínimas, aun cuando se obtenga una sentencia favorable, el demandante nunca verá compensado el pago de la tasa, al no poder exceder el importe correspondiente a las costas del tercio de la cuantía del pleito.

Sin embargo, sí podrá deducírselas como gasto la clínica privada donde se realice una intervención en el transcurso de la cual se generen daños resarcibles conforme a los criterios de imputación vigentes en responsabilidad sanitaria, por lo que el paciente se niegue a pagar la factura y sea demandado por aquella, o incluso porque el paciente la demande por los daños ocasionados con motivo de ese mismo tratamiento y condenen en costas a la clínica demandada.

En tercer lugar, se vería afectado directamente el derecho constitucional a la protección del paciente como consumidor, recogido en el art. 51 de la Constitución. La norma impone tasas en asuntos cotidianos, como los de consumo, cuyo importe en apelación es superior al propio importe reclamado, disuadiendo al consumidor del planteamiento de cualquier reclamación y favoreciendo el abuso de las grandes empresas, en perjuicio de los consumidores. Ni siquiera estaba excluida, por ejemplo, la ejecución del arbitraje de consumo (aunque dicha sujeción ya se ha solucionado con la exención contemplada por la reforma operada por RD Ley 3/2013).

Tampoco se ha tenido en cuenta la doble imposición que se sufrirá en aquellas Comunidades Autónomas que tienen regulación propia en materia de tasas judiciales, como Cataluña⁴ ya (Ley 5/2012, título III bis, capítulo 1), con la consiguiente desigualdad que se creará entre los ciudadanos en función del territo-

4 Ley 5/2012 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos -publicada en el BOE número 83 de 6 de abril de 2012 y previamente en el «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña» número 6094, de 23 de marzo de 2012- en su artículo 16 añade un nuevo título III bis al texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña, que tiene por objeto regular la nueva tasa judicial autonómica para el justiciable (nuevo artículo 3 bis. 1) y otra tasa para “la utilización o el aprovechamiento de los bienes y derechos afectos al servicio de la Administración de justicia” (nuevo artículo 3 bis. 2).

rio en el que se litigue, dado que las tasa estatales se suman a la autonómicas. La tasa estatal es aplicable a todo el territorio nacional y obliga a tributar por los mismos hechos imponible. Se plantea por tanto, además, un conflicto de competencias.

Por otra parte, las tasas deben tender exclusivamente a cubrir el coste del servicio o actividad que constituya su hecho imponible, que en el caso de las tasas judiciales sería el funcionamiento de la Administración de Justicia en relación a un asunto concreto, no pudiendo vincularse a otro servicio que afecte a personas distintas de las que satisfacen la tasa correspondiente, como ocurrirá si se destinan las tasas judiciales a financiación de la justicia gratuita.

En definitiva, la Ley de Tasas sólo beneficia, por razones fiscales, a la Administración sanitaria y a las clínicas privadas constituidas en persona forma societaria. Pongamos una clínica de estética⁵ en la que el problema sea más bien de consumo (resultado insatisfactorio, cobro de lo indebido).

Las consecuencias de todo ello son evidentes. Para una gran empresa no prestar bien los servicios y esperar que el consumidor perjudicado demande es lo más rentable; sabe que muchos no podrán permitirse sufragarlo, y que en cualquier caso siempre le resulta mucho más barata su defensa que al particular.

Todos los anteriores inconvenientes, sólo podrían sugerir, en principio, una mejora para la situación de la Administración sanitaria y para los profesionales sanitarios que ejercen la medicina privada. En efecto, demandas inciertas, como la pérdida de oportunidad o la teoría de la culpa virtual o el daño desproporcionado tenderían a disminuir con el efecto disuasorio de las tasas de acceso a la Administración de Justicia.

Sin embargo, los efectos colaterales de las tasas de acceso a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo también afectan a la Administración sanitaria y al profesional sanitario.

B) Consecuencias para los profesionales sanitarios

⁵ Estadística siniestral: **Cirugía Estética 12,90%**; Ginecología y Obstetricia 2,90%; Cirugía Ortopédica y Traumatología 2,70%; Neurocirugía 2,69%; Cirugía General 2,42%; Oftalmología 2,41%; Resto de especialidades: inferiores al 2%.

Es evidente que las tasas judiciales, en lo que tienen de disuasorias para “racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional”, deberían servir para impedir demandas infundadas o abusivas. Esto es, para impedir la judicialización de la medicina, con la ventaja de disminuir el efecto medicina defensiva que tan caro sale al sistema en su conjunto y que tanto perjudica al reconocimiento del médico como garante de la *lex artis*. Pero creemos que ocurrirá lo contrario. ¿Por qué?

En demandas de resultado incierto: porque la materia sanitaria es muy sensible a la socialización de riesgos. La teoría de la culpa virtual o la pérdida de oportunidad surgida fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración no son sino un expediente de socialización de riesgos. Las situaciones personales que se plantean en este tipo de procesos son muy sangrantes, y ello influye negativamente para el profesional, puesto que el Juzgador, ante la existencia de una aseguradora (o de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que a su vez también está asegurada) busca el criterio de imputación que le permita al damnificado la obtención de su indemnización, aun cuando para ello los vínculos de causalidad sean más que remotos. Pues bien, *esa tendencia puede verse acentuada cuando, además, de su situación personal, el Juez es consciente de que dicha persona ha pagado una tasa cuantiosa que no recuperará de ver desestimada su demanda.*

E incluso puede inclinar la balanza a favor de las apelaciones interpuestas por el perjudicado, siquiera parcialmente, para lograr que el damnificado recupere por esta vía la tasa del recurso que no recuperará por la vía de la condena en costas de la segunda instancia (no se imponen al apelado en segunda instancia aunque se le condene a las de primera instancia, art. 398 LECiv y 139 LJCA).

Además, la Ley no incentiva al demandante para aceptar mediaciones, allanamientos, transacciones: (desde la reforma por RD Ley 3/2012, se efectuará una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio. Esta devolución también será aplicable en aquellos supuestos en los que la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante).

Pero la consecuencia más importante y negativa para los prestadores de servicios sanitarios es la siguiente: al quedar excluido de la aplicación de las tasas únicamente el Orden penal, puede aumentar la tendencia de huida hacia este ámbito jurisdiccional, en detrimento del civil y del contencioso-administrativo.

Esta razón vendría a unirse a las tradicionales causas de huida de las reclamaciones por daños sanitarios a la vía penal: evitación de la reclamación preceptiva en vía administrativa previa (con dictamen preceptivo del Consejo Consultivo cuando la reclamación supere una determinada cantidad), evitación de plazos de prescripción pasados cuando la responsabilidad civil es claramente extracontractual (el plazo no empieza a correr sino desde la finalización de la vía penal), obtención a bajo coste de hechos probados vinculantes posteriormente en otras vías), todo ello con mantenimiento de la Administración como responsable civil subsidiaria.

La responsabilidad sanitaria es terreno abonado para ello, habida cuenta de la variedad de Órdenes jurisdiccionales en los que puede dirimirse un conflicto de responsabilidad derivada de daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria. Y sobre todo, de la especial adecuación de algunos tipos penales a los resultados de dicha actuación dañosa (imprudencia leve o grave con resultado de muerte o lesiones, con inhabilitación⁶ incluida si se trata, como se tratará, de imprudencia profesional⁷).

Es cierto que no será así en la mayoría de los ca-

6 La amenaza de la inhabilitación profesional.

Procede INHABILITACIÓN:

Art.142, homicidio por imprudencia grave

Art.146, aborto por imprudencia grave

Art.152, lesiones por imprudencia grave

Art.158, lesiones al feto por imprudencia grave

Art.159.2, alteración del genotipo por imprudencia grave

Art.220, sustitución de un niño por otro por imprudencia grave.

7 La imprudencia grave da lugar a la calificación como delito, tanto si se produce muerte (art. 142 CP), como lesiones (arts. 147 ss. CP), aborto (art. 146 CP) o lesiones al feto (art. 158 CP).

-Sólo las lesiones menos graves, pero que exijan tratamiento médico (art. 147.2 CP) pueden ser calificadas como falta del art. 621 CP. En ese mismo artículo aparecen castigadas todas las imprudencias de carácter leve, tanto si tienen como consecuencia la muerte o lesiones de todo tipo.

-Quedan fuera del ámbito penal el aborto y las lesiones al feto ocasionados por imprudencia leve. Será en todo caso la jurisdicción civil la que dirima esos asuntos, si bien la jurisprudencia entiende que las muertes en el canal del parto no son aborto sino imprudencia con resultado de muerte (STS

29.11.2001).
sos de imputación de daños derivados de la pérdida de oportunidad sanitaria, en los que por no quedar suficientemente probado que el resultado dañoso se habría evitado a través de una conducta diligente, el resultado en vía penal es la absolución. Porque con buen criterio, en la vía penal no es admisible el salto en el vacío al recurso del daño moral como base de la conducta penal. La relación de causalidad entre el daño corporal y la imprudencia ha de quedar probado con todas las garantías que exige el proceso penal y la conducta ha de estar suficientemente tipificada de acuerdo con el principio de intervención mínima del Derecho penal.

Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 17 de junio de 2011, en un caso de “sufrimiento fetal” que tuvo como consecuencia la muerte del recién nacido, pese a la comprobación de una conducta negligente de la comadrona (tardanza excesiva en

29.11.2001).

Según el CP se pueden cometer por imprudencia los siguientes DELITOS relacionados con el Derecho Sanitario:

-El homicidio, que requiere imprudencia grave 108.

-El aborto, que requiere imprudencia grave 109.

-Las lesiones, que requieren imprudencia grave y un resultado tipificado e importante 110 (que requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico).

-Las lesiones al feto, que requieren imprudencia grave 111.

-La manipulación ilegal de genes humanos que requiere imprudencia grave 112.

-Las falsedades de autoridad y funcionarios, que requieren también imprudencia grave 113.

-Las sustituciones de niños en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave 114.

LAS FALTAS DE IMPRUDENCIA, relacionadas con los temas que tratamos, son las siguientes 115:

-Los que por imprudencia grave causaren una lesión que no requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Pena: multa de uno a dos meses.

-Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona.

Pena: multa de uno a dos meses.

-Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito.

Pena: multa de quince a treinta días.

Las faltas descritas sólo se persiguen mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

-Abandono de jeringuillas 116.

Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores.

Pena: arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses.

-Actividades sin seguro obligatorio 117.

Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieren legalmente para el ejercicio de aquéllos.

Pena: de uno a dos meses.

avisar a la ginecóloga de guardia) el Tribunal le absuelve porque considera que la causa directa de la anoxia cerebral acreditada en el recién nacido estriba en que éste nació con el cordón umbilical anudado al cuello con doble vuelta, lo que permite inferir que la muerte se habría producido de todas formas aunque la matrona hubiera intervenido diligentemente). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 16^a) de 19 de noviembre de 2012 corrobora ese criterio: “aun cuando se hubiera constatado una mala praxis profesional al no haber visitado y explorado personalmente el acusado al paciente, la constatación, sin más, de esa mala praxis no sirve para condenar penalmente. Es necesario, como hemos explicado, que exista una relación de causalidad entre dicha mala praxis y el resultado fatal producido, de tal modo que si el facultativo acusado hubiera llevado a cabo otra conducta, dicho resultado fatal se hubiera evitado.”

Este inconveniente es tanto mayor para los profesionales sanitarios que prestan sus servicios para el sistema público de salud. Porque a diferencia de los médicos privados, que, de resultar demandados, podrían serlo igualmente y de forma personal en la vía civil, aquéllos no pueden ser individualmente demandados en dicha vía (salvo la posterior a la penal en caso de reserva de la acción, por las normas del CP, art. 1092) ni pueden ser demandados juntamente con la Administración en el orden Contencioso-administrativo (145.1 LRJAP-PAC). Responden en la vía interna, por dolo o culpa grave, lo cual es impensable en determinados supuestos, como la mayoría de los casos de aplicación de la doctrina del daño desproporcionado o culpa virtual (art. 146 LRJAP-PAC). Ello, salvo que se les exijan responsabilidades penales en el Orden penal, en cuyo caso, pueden verse posteriormente demandados en la vía civil si el perjudicado se reserva la acción, pero siempre a través de las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal.

Además, la huida de las reclamaciones sanitarias a la vía penal genera efectos perversos en la situación de los profesionales sanitarios: a la “pena de banquillo” (independiente e inevitable a pesar de una eventual absolución final) y al descrédito profesional hay que unir también el aumento inmediato de las primas de seguros que cubren responsabilidad civil y defensa jurídica⁸, derivado del mayor coste que tendrán que

asumir las aseguradoras para defender en la vía penal o contenciosa al profesional o a la Administración.

Además, con la huida al Derecho penal, y a pesar de la responsabilidad subsidiaria de la Administración sanitaria en estos casos, se pierde parte de la función preventiva y de control del adecuado funcionamiento de los servicios públicos que caracteriza al sistema de RP de la Administración junto con su función típicamente reparadora.

V. POSIBLES SOLUCIONES

a) **Las soluciones alternativas consistentes en el establecimiento de vías de resolución extrajudicial de conflictos**, como el arbitraje de consumo (cuya ejecución ahora sí está exenta de tasa), sin perjuicio de su necesidad, no pueden dar respuesta a muchos supuestos, como es el de los daños corporales producidos en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria (se discute si cabría en los casos de daño moral por pérdida de oportunidad). En otros ordenamientos del Derecho Comparado se han adoptado mecanismos alternativos para favorecer la transacción y evitar los altos costes de un procedimiento judicial de responsabilidad civil médica. En México existe el Comisionado Nacional del Arbitraje Médico (CONAMED), creado en el año 1996, que desde entonces ha recibido 29.792 consultas y cuyo objetivo es encontrar una vía alternativa a la jurisdicción ordinaria para resolver conflictos, mejorar la relación médico-paciente y propiciar la calidad del sistema; b) en Francia, existen comisiones de conciliación internas en cada hospital desde el año 1996, aunque contradictoriamente están desprovistas del poder de conciliar: su única función es asistir y facilitar las gestiones de las personas afectadas y velar para que puedan hacer llegar sus quejas a los responsables del centro. Desde el 4 de marzo de 2002 se han creado en Francia comisiones regionales de conciliación y de indemnización de accidentes médicos, complicaciones iatrogénicas e infecciones nosoco-

⁸ Ley 44/2003(LOPS), artículo 46: “Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada

que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligadas a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios.” Ley 2/2007, de 15 de Marzo de Sociedades Profesionales, art. 11. 3): “Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

miales, que estudian cada proceso a través de un peritaje.

b) Desde la doctrina administrativista se ha propuesto una reforma legal para establecer como regla el silencio administrativo positivo en caso de responsabilidad patrimonial. El silencio es negativo en este caso en la actualidad (arts. 142.7 y 143.3 LRJAP PAC). Aunque el artículo 46 LJCA citado que fija un plazo de seis meses como tope para impugnar actuaciones presuntas, si la Administración no contesta a la solicitud del particular éste podrá acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cualquier tiempo. Siempre, siempre, podrá el particular desenterrar el expediente administrativo que plasma la denegación por silencio para que un juez se pronuncie sobre la cuestión de fondo. **Pero es necesario un paso más:** entender estimadas por silencio administrativo positivo las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La novedad del art. 43.1 de la Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 25/2009) consiste en incorporar una precisión a la posible excepción por norma legal de la regla general del silencio positivo: ya no basta con determinar el silencio negativo en una norma con rango de ley, sino que, además, debe justificarse en razones imperiosas de interés general. Se trata, por tanto, de un cambio relevante, ya que ahora se impone un doble condicionamiento para el silencio negativo: uno formal o exigencia de ley; y otro material o justificación de la concurrencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la determinación en el caso del sentido negativo del silencio. Pero la propia Ley 25/2009 contempla la aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes, disponiendo que «se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de Ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto» (disposición adicional cuarta).

Ello supone convalidar todos anteriores supuestos de silencio negativo establecidos en normas legales precedentes.

Por su parte, la Ley de Economía sostenible estableció la obligación, para el Gobierno y las Comunidades Autónomas, de impulsar reformas normativas para ampliar el ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo. En tal sentido, su art. 40 dispone:

“1. Con el fin de agilizar la actuación de las Administraciones Públicas, el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Las Comunidades Autónomas evaluarán igualmente la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de los efectos desestimatorios del silencio administrativo en los procedimientos administrativos regulados por normas anteriores a la redacción del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, derivada de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Dicha evaluación se llevará a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley y servirá de base para impulsar la adecuación normativa oportuna».

Así pues, este precepto pretende ser un paso adelante en la implantación efectiva de la aplicación general del silencio positivo. Y es que, como se ha indicado más atrás, la efectividad del nuevo art. 43 de la Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 25/2009) había quedado diluida o demorada ante la ratificación general de todas las preexistentes previsiones legales de silencio negativo por la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009. Por tanto, el art. 40 de la Ley de Economía Sostenible pretende impulsar la aplicación efectiva de la regla general del silencio, ordenando la revisión de las normas legales que contemplan supuestos de silencio negativo para verificar si cumplen con la nueva exigencia sus-

tantiva de estar justificados en una razón imperiosa de interés general y, en otro caso, suprimir tales casos.

c) El asunto de las tasas y el especial ensañamiento del sistema de recursos en relación con ellas resucita la cuestión de si es conveniente establecer **baremos para determinar la indemnización por responsabilidad civil médica**, en la misma línea que el sistema de baremos vigente en accidentes de circulación (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. que hasta ahora se había utilizado de manera orientativa en los temas de responsabilidad civil médica (STS, 1^a, 20.7.2004). En el año 2006 se anunciaba la elaboración de una Ley sobre Baremación de Daños Médicos para regular las indemnizaciones que percibirán los pacientes que sufran daños por negligencias médicas, dadas las peticiones encabezadas por el presidente de la Organización Médica Colegial de España, OMCE. El establecimiento de un baremo para el cálculo del daño no patrimonial en los accidentes médicos pondría fin al difícil equilibrio que se ha descrito entre reparación integral del daño, sistema de evaluación abierta de indemnizaciones, soberanía del tribunal de instancia y motivación de las sentencias. Asimismo, reduciría algunos de los problemas que se asocian a la variabilidad de las indemnizaciones concedidas por los tribunales en casos similares, entre otros, inseguridad jurídica, dificultad y encarecimiento del aseguramiento de riesgos. la motivación de los daños no patrimoniales es un ejercicio harto complejo, pues implica evaluar monetariamente un daño para el cual el dinero carece de valor reparador. Ello convierte las partidas de daño moral en una ruleta indemnizatoria impredecible para demandantes y demandados, así como para las aseguradoras de estos últimos. Además, es difícil de compaginar con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El establecimiento de un baremo para los daños morales derivados de accidentes médicos facilitaría el cálculo judicial de las cuantías indemnizatorias y su revisión en apelación y casación, otorgaría mayor seguridad jurídica a las partes, allanaría las vías de resolución extrajudicial de conflictos, disminuiría los costes del aseguramiento por negligencia profesional y evitaría sin duda la huida hacia el Derecho Penal.

ASPECTOS JURÍDICOS DEL IMPAGO O PAGO TARDÍO DE OBRAS, SUMINISTROS Y SERVICIOS SANITARIOS

Roberto Mayor Gómez
Letrado del Tribunal Supremo

ÍNDICE

- I. PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN LA INSTANCIA
- II. CRITERIOS EN EL ACCESO CASACIONAL
- III. UN CASO PARTICULAR: EL IMPAGO O PAGO TARDÍO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LAS OFICINAS DE FARMACIA

I. PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN LA INSTANCIA

El impago o pago tardío de obras, suministros y servicios sanitarios, que ha generado en los últimos años una creciente litigiosidad ante los órganos judiciales, deriva principalmente de la falta de liquidez de las Administraciones Públicas, por lo que hay que tener en cuenta que la problemática jurídica que se plantea y que será expuesta a continuación, tiene su origen inmediato residenciado en la gestión administrativa sanitaria, y por tanto la completa y definitiva solución a esta situación debería venir también desde este ámbito, como ya, por ejemplo, se ha tratado de paliar a través de los mecanismos de financiación¹ para el pago a proveedores de Entidades Locales y Comunidades Autónomas.

¹ *Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE 23-2-13)*

En los supuestos de impago o pago tardío de obras, suministros y servicios sanitarios, especialmente en los casos de provisión de medicamentos a los Hospitales Públicos, la regla general ha sido la inexistencia de un contrato formal de suministro, al adoptarse los expedientes de contratación a través de la figura de los contratos menores, cuya regulación, actualmente, se haya prevista en el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Además, en los supuestos de impago, o pago tardío de obras, suministros y servicios sanitarios, en la generalidad de los supuestos, el ejercicio del recurso contencioso administrativo ha sido ejercitado frente a la inactividad o silencio administrativo² de la Administración.

Respecto al debate jurídico que se ha planteado ante los órganos judiciales en este tipo de litigios, en principio, la inexistencia del impago o el retraso se ha configurado como un hecho incontrovertido no siendo objeto de discusión, pudiendo distinguirse, a efectos sistemáticos, entre cuestiones formales y de fondo.

De orden formal, y dado que en la mayoría de estos procedimientos judiciales los recurrentes son em-

² *Conforme al artículo 4.1 f) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, actualmente sería uno de los supuestos incluidos en la exención objetiva de la tasa.*

presas farmacéuticas, por tanto personas jurídicas, se ha esgrimido por los Letrados de la Administración, en no pocos asuntos judiciales, como excepción procesal, la concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 69 b) de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, en relación con el artículo 45.2 d) de la misma norma jurídica, la concurrencia de la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, y todo ello con fundamento en una profusa, aunque no inequívoca, jurisprudencia del Tribunal Supremo³.

En cuanto al fondo del asunto, y en primer lugar, se ha planteado que materialmente se ha superado la mera existencia de contratos menores aislados, produciéndose en realidad un contrato de suministros con tracto sucesivo, y que lo que realmente se ha propiciado ha sido, por tanto, un sistema dinámico de suministros, mantenido durante años, que ha generado un proceso continuado de suministro y pago continuo. La consecuencia de la no consideración de cada suministro aislado como contrato menor sería la de que el plazo establecido para el abono del suministro no podría comenzar a computarse sino desde que existiera un documento formal de recepción, que en muchos casos no existía.

Otro de los aspectos jurídicos que se cuestionan es este tipo de procedimientos judiciales, es el relativo al dies a quo del devengo de los intereses de demora, siendo objeto de debate si el mismo deben comenzar a computarse desde la emisión de la factura, como sostienen las partes recurrentes, o desde el día en el que la factura tiene registro de entrada o subsidiariamente desde la fecha de conforme, como sostiene la Administración.

En cuanto al dies ad quem para el cómputo de intereses, también es objeto de debate si la fecha a tener en cuenta es la de efectivo cobro por el recurrente, esto es de disposición en su cuenta bancaria, o la fecha de pago efectuada por la Administración, teniendo en cuenta que por efectos de la gestión de transferencias bancarias, pueden transcurrir 1-3 días entre la orden de transferencia y la efectiva puesta a disposición en la cuenta de las partes recurrentes.

Otra cuestión jurídica que se sustancia en este tipo de pleitos es si deben o no incluirse en el precio de suministro exigido, el correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), defendiéndose por los Letrados de la Administración que salvo acreditación de que se abonó a la Administración Tributaria el importe de IVA aún no repercutido en el deudor, no se puede incluir este concepto para calcular los intereses moratorios.

También se discute jurídicamente respecto de la inclusión o no de los costes de cobro, y sobre el anatocismo o devengo de intereses sobre los intereses.

Aunque en materia de costas procesales con la modificación operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LRJCA), por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de agilización procesal, ya se fija el criterio de vencimiento, por las empresas recurrentes se solicitaba en la instancias la condena en costas a la Administración, por la concurrencia, a su juicio, de mala fe o temeridad.

II. CRITERIOS EN EL ACCESO CASACIONAL

En el ámbito a tratar, impago o pago tardío de obras, suministros y servicios sanitarios, el criterio básico a tener en cuenta a los efectos del acceso al Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, es el económico fijado en el artículo 86.2 b) de la LRJCA, que exige que sea superior a 600.000 euros, y todo ello sin perjuicio de la concurrencia del resto de requisitos exigidos en la normativa procesal.

El Tribunal Supremo ha ido desarrollando y modulando a través de sus autos y sentencias, los criterios interpretativos, ciertamente restrictivos, que resultan de aplicación en los distintos supuestos que se plantean⁴.

En relación a la contratación administrativa en el ámbito sanitario, la regla general sería que la cuantía para valorar su acceso casacional estaría determinada por el precio de adjudicación del contrato de obras, asistencia técnica, o consultoría de un Hospital, por ejemplo, si bien en los contratos que se adjudican por

³ STS de 1 de julio de 1996, STS de 31 de marzo de 1998, STS de 18 de noviembre de 1999, STS de 25 de septiembre de 2003, STS de 5 de noviembre de 2008, STS de 11 de marzo de 2011.

⁴ A efectos de un análisis más pormenorizado de los criterios fijados por el Tribunal Supremo, se recomienda la obra “El recurso de casación en la jurisdicción contenciosa administrativa”, de Thomson Reuter Aranzadi, elaborado por Magistrados y miembros del Gabinete Técnico del T.S.

lotes o anualidades, práctica habitual en los contratos administrativos para el servicio de transporte sanitario, cada uno de ellos computa de forma separada.

En los supuestos de concesiones administrativas, el criterio para la valoración económica estaría determinado por el canon de concesión anual que debe abonar la entidad adjudicataria.

Otro de los supuestos que se generan en la vía casacional, en los casos de impago o pago tardío de obras, suministros y servicios sanitarios, es el relativo al impago de certificaciones de obra, facturas e intereses de demora. En cuanto a las certificaciones de obra se sigue un criterio individualista, de modo que se debe atender al valor económico de cada certificación de obra, de forma singularizada, y siempre teniendo en cuenta que lo será por la diferencia entre las cantidades correspondientes a las certificaciones de cada una de las obras reclamadas por la recurrente y las reconocidas en la sentencia judicial.

Igual criterio se sigue cuando el importe reclamado se refiere a facturas, de modo que habrá de estar al importe de cada una de las facturas, de forma singularizada, y por la diferencia reclamada.

En relación a los supuesto de responsabilidad patrimonial sanitaria, refiriéndonos específicamente a aquellos supuestos en los que además de la reclamación de certificaciones, intereses de demora... puede ir asociado otro tipo de responsabilidad, la cuantía vendría determinada entre la diferencia entre el importe reclamado y la indemnización finalmente reconocida, si bien cuando quien recurre es una Administración, y la sentencia judicial estima en todo o en parte el recurso contencioso administrativo, y por tanto concede una indemnización, esta cantidad representaría el valor económico a valorar para su acceso casacional.

Además, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 41.2 de la LRJCA, de manera que si concurren varios demandantes, la fijación de la cuantía del recurso vendría determinada por el valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, estableciéndose una presunción iuris tantum de reparto por partes iguales, esto es al 50%, sin que la renuncia a lo que le corresponde por una de las partes, en el recurso de casación, implique modificación del anterior criterio.

En los anteriores supuestos de acumulación subjetiva, y si el recurrente son las Administraciones

Públicas o la aseguradora de la misma obligada al pago, la cuantía estaría igualmente determinada por el valor económico de su pretensión casacional dividida proporcionalmente entre los demandantes en la instancia, lo que se denomina el principio de igualdad de armas.

En todo caso, hay que destacar que en la actualidad hay una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Eficiencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que de ser finalmente aprobado implicará un cambio sustancial en el acceso casacional, fundamentada en el cumplimiento de determinados criterios y en el que no importará la cuantía, lo que asemejaría nuestro sistema al modelo anglosajón.

III. UN CASO PARTICULAR: EL IMPAGO O PAGO TARDÍO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LAS OFICINAS DE FARMACIA

En distintas Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Valencia, Cataluña...), en los últimos tiempos se está produciendo protestas generalizadas por parte de los titulares de establecimientos farmacéuticos, por facturas impagadas derivadas de la dispensación de medicamentos y otros productos de farmacia, con recetas médicas públicas, derivadas de los distintos Concierdos Farmacéuticos firmados con los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Se trata de un asunto que genera una problemática no solamente económica, sino también jurídica, como se puede comprobar de un supuesto real que se ha planteado en una Comunidad Autónoma de España, y que a continuación pasaré a desarrollar.

Por la federación de farmacéuticos de una Comunidad Autónoma, a consecuencia de las cantidades que adeudaban a los titulares de los establecimientos farmacéuticos los Servicios de Salud de dicha Comunidad Autónoma, se presenta un escrito dirigido a la Fiscalía, en el que ponen de manifiesto los problemas económicos que está generando para el correcto funcionamiento de las farmacias y la prestación del servicio público a los usuarios, el impago o pago tardío de recetas médicas públicas. En concreto, indican que está generando una situación de desabastecimiento que puede llegar a afectar a la salud de los usuarios de los servicios públicos farmacéuticos, por lo que registran el citado escrito a efectos de eximir a los titulares de los establecimientos farmacéuticos

de cualquier responsabilidad al respecto, e indicando que cualquier eventual perjuicio que pueda generarse deberá ser imputado exclusivamente al Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma.

El Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, si bien considera que no se deduce la existencia de ilícito penal y que carece de legitimación procesal para exigir el cumplimiento de obligaciones contractuales a una Administración Autonómica, realiza una amplia e interesante reflexión jurídica sobre el asunto en cuestión, poniendo de manifiesto que, ciertamente, la situación puesta de manifiesto en el escrito presentado ante la Fiscalía, puede producir efectos nocivos en la salud de los ciudadanos.⁵

Partiendo del reconocimiento constitucional del derecho a la salud consagrado en el artículo 43 de la Constitución Española, y de otros preceptos accesorios (40.2, 50, 51.1...todos ellos de la Carta Magna), la Fiscalía de dicha Comunidad Autónoma viene a señalar que en la hipótesis de causación de un daño a la salud o a la vida de los usuarios derivado de una situación de desabastecimiento de una oficina de farmacia, habría que analizar de forma casuística las posibles responsabilidades que pudieran derivarse, y los sujetos imputables.

Así del supuesto genérico anteriormente expuesto, se pueden plantear varias responsabilidades a depurar en distintos órdenes jurisdiccionales, de forma transversal y entrecruzada, generando un supuesto jurídico realmente complejo, y así, por una parte, podría concurrir responsabilidad penal del farmacéutico, derivada de la previsión fijada en el artículo 196 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a la que añadir la responsabilidad civil correspondiente, que se sustanciaría ante los órganos de la jurisdicción penal y civil.

Igualmente podrían concurrir todos los presupuestos para estar ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, previsto en el artículo 139 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que podría ser ejercitada por el titular de la farmacia o en su caso por el usuario.

Pero es que incluso, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 29/2006, de 26

de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, la Administración en caso de no dispensación de medicamentos o productos sanitarios por el titular de la oficina de farmacia, sin causa justificada, podría haber iniciado procedimiento disciplinario contra aquel.

⁵ La regulación legal está prevista en la Exposición de Motivos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

EL BUEN GOBIERNO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Juan Manuel Cabasés Hita
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Pública de Navarra

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. EL GASTO SANITARIO Y SU EVOLUCIÓN
2. EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA SANIDAD ESPAÑOLA
3. LAS REGLAS DEL JUEGO. LOS PRINCIPIOS DE UN BUEN SISTEMA SANITARIO
 - 3.1. Acceso universal
 - 3.2. Minimización de barreras de acceso a la asistencia sanitaria
 - 3.3. Prestaciones comprensivas y uniformes
 - 3.4. Financiación equitativa: contribuciones generales, separadas de riesgos, según capacidad de pago
 - 3.5. Eficiencia
 - 3.6. Comparabilidad
 - 3.7. Libertad de elección por parte del consumidor
4. EL BUEN GOBIERNO DE LA SANIDAD PÚBLICA
 - 4.1. Líneas básicas para el buen gobierno de la sanidad pública en España
 - 4.2. Compromisos para avanzar en el buen gobierno de la sanidad pública
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES
6. REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

El sistema sanitario español vive momentos convulsos. La insuficiencia financiera pública ha hecho mella en los pilares del gasto social, la sanidad, la

educación y los servicios sociales, que se ven amenazados por unas expectativas de crecimiento muy inferiores a las esperadas hasta el comienzo de la crisis económica de 2008. Los presupuestos sanitarios se ven reducidos año tras año. Hasta el acceso universal a la sanidad pública, la seña de identidad de nuestro SNS, un logro social indiscutible que se ha ido consolidando a lo largo de los 25 años desde la aprobación de la Ley General de Sanidad, parece estar en cuestión (López et al, 2012, Beltrán, 2012; AES, 2013).

En la actual situación, medidas puramente coyunturales no serán suficientes para consolidar el SNS, para que las severas restricciones presupuestarias que nos acompañarán los próximos años no se traduzcan en deterioros de la calidad asistencial y para avanzar en la evolución de un SNS dirigido a metas de eficiencia y equidad. Aunque la situación coyuntural puede estar impulsando la toma de decisiones urgentes, como el *Real Decreto Ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, la necesidad de repensar el SNS se hacía imperiosa desde hace tiempo (AES, 2008, Bernal et al 2011). Este ejercicio no puede estar dominado por la coyuntura económica actual, sino que ha de realizarse en función de los criterios que inspiran el SNS: universalidad, equidad, sostenibilidad financiera, eficiencia, calidad y participación.

La mejora de la eficiencia en la utilización de los recursos es la clave de las reformas que nuestro modelo sanitario necesita. En un estudio reciente, la OCDE

concluye que, por término medio, la esperanza de vida de la OCDE podría aumentar en más de dos años para 2017, manteniendo el gasto sanitario, si todos los países fueran tan eficientes como los mejores. En el mismo sentido, la Organización Mundial de la Salud, en su informe sobre la salud en el mundo, referido a la financiación de los sistemas de salud, calcula que entre el 20% y el 40% del gasto sanitario total se pierde por causa de la ineficiencia (OECD, 2010, OMS, 2010).

1. EL GASTO SANITARIO Y SU EVOLUCIÓN

El gasto sanitario en nuestro país viene mostrando una tendencia incesante al crecimiento, por encima de su crecimiento económico. El año 2010, último para el que existen datos comparados, el gasto sanitario en España alcanzó un 9,6% del PIB, ligeramente por encima de la media de los países de la OCDE (9,5% del PIB) (10), aumentó en algo más de un punto porcentual entre 2007 y 2009, de 8,5% en 2007 a 9,6% en 2009, y se mantuvo en 2010. Ello supone que se han recortado las diferencias en cuanto a esfuerzo relativo en comparación con otros países de la UE de mayor renta per cápita que el nuestro, de manera que nuestro esfuerzo es comparable al de Italia o el Reino Unido. Sin embargo, el ascenso observado en el año 2009 no se corresponde con una mayor cantidad de recursos destinados al ámbito sanitario, sino con una caída generalizada del PIB en términos reales del 3,7% en 2009, ante la cual el crecimiento del gasto sanitario fue mucho menor.

En términos absolutos, sin embargo, el gasto sanitario per cápita en España sigue siendo inferior a la media de la OCDE (3.078 frente a 3.223 \$ PPC en 2009), aunque la diferencia se ha venido reduciendo debido al mayor ritmo de crecimiento del gasto sanitario per cápita en España que, desde 2000 a 2009 ha sido de un 5,6% en promedio anual, más rápido que el promedio de la OCDE, que ha sido de un 4,7%.

La crisis económica, sin embargo, ha hecho frenar bruscamente la tendencia al crecimiento del gasto sanitario, que ha pasado a ser del 0% de media en la OCDE en 2010, con crecimiento negativo en 10 países, entre ellos España (OECD, 2012). Según los datos de la OMS, España habría visto reducir el gasto sanitario en 2011 al 9,44% del PIB (<http://www.who.int/countries/esp/es/#ld>).

El gasto sanitario público representó en 2010 el

74,2% del gasto sanitario total, un porcentaje ligeramente superior al promedio en la OCDE, que fue del 72,2%, pero claramente inferior al de países con SNS, como Suecia (81%), Noruega (85%), el Reino Unido (83,2%) y Japón (80,5%).

El 25,8% es gasto sanitario privado e incluye el hasta ahora limitado copago farmacéutico en el sector público y, sobre todo, el seguro privado voluntario que utiliza aproximadamente un 15% de la población. Ha evolucionado en el tiempo hacia una mayor participación que en 1985 no llegaba al 20%. Sin embargo, se ha mantenido estable en términos del PIB a lo largo de la década, en un 2,4% del PIB (Figura 1.2.) (García Calatayud et al, 2011).

El gasto sanitario seguirá presionado al alza por la introducción y el desarrollo de nuevas tecnologías, la presión de la demanda, los cambios demográficos, el nuevo patrón epidemiológico orientado hacia la cronicidad, o por las dificultades para aumentar la productividad, propias de los servicios intensivos en capital humano (Baumol, 1967, Hartwig, 2008).

Con ser un referente de comparación importante el gasto, sin embargo, ofrece una visión parcial, puesto que no indica qué obtenemos a cambio del mismo. ¿Cuál es el retorno de la inversión depositada en el sistema sanitario en términos de mejora de la salud y del bienestar de los ciudadanos? La esperanza de vida en España en 2010 era de 82,2 años, más de 2 años por encima del promedio en la OCDE (79,8 años) (15). Si esta variable fuera la medida exclusiva del resultado del esfuerzo sanitario, entonces el sistema sanitario español se mostraría como uno de los más eficientes del mundo, solo superado por Japón (83 años) y Suiza (82,6 años). Pero un indicador de salud tan amplio capta los efectos de muchos determinantes de la salud externos al sistema sanitario. Para poder medir la eficiencia del sistema sanitario en su conjunto habrán de utilizarse indicadores más vulnerables a los servicios sanitarios como, por ejemplo, la mortalidad innecesariamente prematura y sanitariamente evitable (MIPSE). Pero carecemos de información suficiente de este indicador, aunque sí hay consenso sobre las enfermedades que lo integran (Gispert, Barés y Puigdefàbregas, 2006).

2. EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA SANIDAD ESPAÑOLA

La sanidad española se encuentra entre las primeras del mundo en el *ranking* de sistemas sanita-

rios (García Armesto et al, 2011). Ofrece cobertura prácticamente universal, gratuita en el momento de uso, a excepción de los medicamentos no hospitalarios, con un gasto sanitario comparativamente bajo, con una esperanza de vida de las más altas del mundo y una mortalidad infantil de las más bajas, con tasas de donación y trasplante de órganos de las más elevadas, una satisfacción elevada del ciudadano con el sistema sanitario, etc.

En la edición del Barómetro Sanitario del año 2011 que realiza el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en colaboración con el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), los resultados obtenidos revelan que la satisfacción de los ciudadanos con el sistema sanitario público no ha dejado de aumentar (de 6,14 en 2005 a 6,59 en 2011, en una escala de 1 a 10). Valoran favorablemente el funcionamiento del sistema sanitario español, ya que el 73,1% (el 73,9% en 2010, su valor más elevado desde 2005) consideran que funciona bastante bien o bien, aunque precisaría algunos cambios. Además, por primera vez en la edición de 2010, la proporción de ciudadanos que consideran que el sistema funciona bastante bien supera a la de quienes manifiestan que aunque el sistema funcione se deberían introducir cambios fundamentales. Por último, tanto la proporción de personas que consideran que son necesarios cambios fundamentales (21,9%), como la de quienes manifiestan su descontento y reclaman que el sistema se rehaga por completo (4,1%) han crecido ligeramente en 2011, y en 2010 se han dado los porcentajes más bajos desde hacía 6 años.

Pero, por otra parte, los ciudadanos piensan que se hace un uso inadecuado de las prestaciones sanitarias públicas: el 41,2% considera que se hace un uso innecesario, el 29,6% que se hace un uso abusivo y solo un 21% piensa que se hace un uso adecuado y un 2,6% que el uso es insuficiente. Obtiene una puntuación muy baja la valoración de la información que facilitan los servicios sanitarios públicos a los ciudadanos en campañas dirigidas a informar sobre problemas de salud, trámites para ir al especialista o ingresar en un hospital, servicios que prestan, medidas o leyes que adoptan y sobre derechos y vías de reclamación (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012).

Esta visión básicamente optimista desde la óptica de los ciudadanos oculta, sin embargo, problemas importantes de inequidad e ineficiencia. La mortalidad presenta diferencias geográficas notables; en la atención sanitaria se observan importantes variaciones en

la práctica médica no explicadas por las diferencias en morbilidad sino por las diferencias en la oferta; el gasto sanitario crece por encima de lo presupuestado generando deuda históricamente; no hay incentivos para el comportamiento eficiente de los agentes; no existe un mecanismo reglado de determinación de prioridades.

Estas son algunas de las holguras de ineficiencia detectadas en España: la eficiencia no es una prioridad; la presión asistencial se resuelve parcheando (autoconcertación); la actividad profesional no se incentiva adecuadamente, y la carrera profesional no discrimina según esfuerzo; las necesidades organizativas se resuelven en muchos casos con gestores-comisarios políticos, no con profesionales de la gestión; el exceso de demanda (azar moral) se aborda con tiempos de espera y racionamiento indiscriminado, produciendo insatisfacción sin éxito; la descoordinación asistencial entre Atención Primaria y Especializada y con los servicios sociales es la norma.

El reto para el SNS, con un coste de oportunidad creciente en los presupuestos públicos, es lograr la suficiencia financiera en un entorno de control férreo del déficit como el aprobado en los países europeos a medio plazo. La restricción presupuestaria impedirá hacer frente a nuevas necesidades de gasto en ausencia de un crecimiento económico sostenido e incluso en condiciones económicas favorables. Hay que buscar nuevas fuentes de financiación e introducir mejoras en la eficiencia que permitan producir más salud a menor coste (Mladovsky et al, 2012).

3. LAS REGLAS DEL JUEGO. LOS PRINCIPIOS DE UN BUEN SISTEMA SANITARIO

Un sistema sanitario estable ha de hallarse sólidamente anclado en ciertos valores que lo definen (Beauchamp and Childress, 1989, Gracia, 1989). El diseño del sistema sanitario futuro ha de buscar un fundamento normativo común a todos los agentes. Daniels, Light y Caplan (1996) propusieron unos criterios con la idea de desarrollar un *benchmarking* de lo que se considera un sistema sanitario justo, a partir de una fundamentación ética: el *principio de igualdad de oportunidades*.

La idea de igualdad en las oportunidades ha recibido gran atención en la literatura teórica sobre equidad y justicia distributiva (Fleurebay and Maniquet, 2012, Roemer, 1998, Arneson, 1988). Aplicada al contexto de la salud, esta idea puede expresarse así: los ciudadanos deben tener iguales oportunidades

para alcanzar similares niveles de salud, lo cual implica que las desigualdades que deben ser corregidas son las de dotaciones iniciales o recursos de los que cada agente vaya a disponer, aun cuando el nivel de salud final alcanzado pueda ser diferente, según el grado de eficiencia con la que opere el agente en la gestión de los recursos bajo su control.

El atractivo de este enfoque está en el respeto a la libertad individual de los agentes -la soberanía individual es un valor básico en nuestra sociedad-, quienes se responsabilizan de su propia salud. Sin embargo, no es fácil hacer operativo el principio. La pobreza, por ejemplo, conduce a la enfermedad por múltiples vías, de manera que las personas con menor capacidad económica son menos competentes para alcanzar ciertos niveles de salud, algo que reflejan sistemáticamente las estadísticas de desigualdades socioeconómicas en salud. Además, su aplicación requiere ser consistente con el acuerdo *ex ante* de dotar de capacidad a los individuos para que gestionen su salud. Pero nuestras sociedades normalmente exhiben altruismo *ex post*, es decir, nuestros servicios sanitarios atienden también a quienes no han gestionado debidamente su salud -hábitos de vida insanos, asunción excesiva de riesgos, etc.- en pie de igualdad con los demás. La corresponsabilidad de los ciudadanos con su propia salud, algo hoy reclamado por todos los sistemas sanitarios, es un corolario de este principio. Aquí puede surgir un argumento para contemplar la responsabilidad financiera de algunos agentes al acceder a los servicios sanitarios públicos a tenor de los riesgos autogenerados.

Un enfoque alternativo es la *igualdad de bienestar*; que propugna eliminar las diferencias en el estado de salud, que es el resultado final del proceso de producción de los servicios sanitarios. Se trataría de lograr los mismos valores de los indicadores de salud para todas las personas o comunidades, por ejemplo, entre CC. AA. Una versión acotada de esta idea consiste en corregir o aliviar las *desigualdades evitables* en salud, es decir, las vulnerables a la acción. Esta se ha convertido en el objetivo de algunos gobiernos de los países más avanzados como el Reino Unido, una vez comprobada la persistencia de desigualdades en salud entre diferentes grupos sociales, tras varias décadas de acceso universal a los servicios sanitarios y de aplicar fórmulas de reparto financiero con ajustes poblacionales según necesidad relativa (Oliver and Cookson, 2000). El fondo creado con este fin (*the Health Inequalities Adjustment*) utiliza como base de reparto la variable índice de años potenciales de vida perdidos (IAPVP) por determinadas causas de

mortalidad consideradas prioritarias en su plan estratégico. Esta es una buena reflexión para España, que mantiene grandes diferencias territoriales en materia de salud. Los mecanismos de financiación deberían contemplar la posibilidad de actuar directamente sobre situaciones de desigualdad en salud evitables.

3.1. Acceso universal

La atención sanitaria tiene como función mantener a los individuos en un estado funcional lo más normal posible. La disfunción provocada por la enfermedad restringe el acceso a las oportunidades de la vida. La atención sanitaria, al salvaguardar nuestra capacidad funcional, protege nuestras oportunidades. De ahí surge la obligación de hacer de la sanidad un servicio accesible a todos. Estamos obligados a proveer la atención sanitaria a quien la necesita para proteger la igualdad de oportunidades para obtener el éxito, dejando fuera obstáculos basados en características de los individuos como su raza, género, religión, edad, estado de incapacidad, grado de riesgo o capacidad de pago (Daniels, 1985). Ello implica la inclusión universal en algún esquema asegurador cuyas características son la obligatoriedad y la independencia del estado ocupacional, de manera que se garantice la continuidad asistencial temporal. Este es probablemente el fundamento ético que justifica la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria pública en España y en la mayoría de los países desarrollados.

Estas características se encuentran bien argumentadas en la literatura económica por problemas de selección adversa (Mas Colell, 1994, 1997) y han sido asumidas por la inmensa mayoría de los países desarrollados y, recientemente, por EE.UU. (aseguramiento obligatorio) y, en España, desde la Ley General de Sanidad de 1986 y, recientemente, por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que estableció la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles “residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico”.

Sin embargo, el Real Decreto Ley 16/2012 regula de nuevo la condición de asegurado volviendo al antiguo criterio de Seguridad Social (trabajador cotizante o pensionista y sus beneficiarios) restringiendo la cobertura personal. El Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, concreta las condiciones de persona asegurada y de beneficiaria de esta a efectos del derecho a la asistencia sanitaria en España, con cargo

a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (SNS). Establece un nivel de ingresos anual de 100.000 euros por debajo del cual los residentes con nacionalidad española tendrán garantizado el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública aunque no satisfagan los requisitos de afiliación mencionados. Para los no asegurados, se establecen unas primas aseguradoras en función de la edad. Este cambio hacia la universalización incompleta ha sido visto por analistas del sistema como un ataque al modelo universal (López et al, 2012, Beltrán, 2012; AES, 2013). Algunos colectivos hasta ahora cubiertos (inmigrantes ilegales) sin medios económicos para hacer frente a la prima aseguradora han quedado fuera, lo que ha generado reacciones de sorpresa y disgusto en medios profesionales sanitarios y sociales. Los no asegurados deberán abonar entre 764,46 (hasta 64 años) y 2.675,80 (de 65 en adelante) euros para acceder al mismo nivel asistencial que tenían reconocido anteriormente.

Ciertamente, el debate sobre la naturaleza de la prestación sanitaria en España pudo haber quedado cerrado en falso en los acuerdos de financiación autonómica de 2001 y la legislación que los recogió. La interpretación de las condiciones de acceso como asegurado pertenecen al ámbito jurídico y han sido objeto de debate durante mucho tiempo (Bardají y Viñas 2001, Tornos, 2002, Beltrán, 2002, 2007, Cabasés, 2002). La posición doctrinal mayoritaria apuesta por la universalización sustentada en el artículo 43 de la Constitución (CE). Pero, tras el acuerdo de 2001 del CPFF sobre financiación territorial, quedó clara la posición del legislador de anclar el derecho en el artículo 41 de la CE (SS) como una prestación no contributiva de la Seguridad Social (SS), modificando el artículo 86 de la Ley de la SS. Sobre los potenciales efectos de esta decisión sobre la centralización de las decisiones en materia de sanidad y la pérdida de autonomía de las regiones en esta materia también se habló ampliamente entonces (Cabasés, 2001).

El compromiso con la cobertura universal sanitaria está siendo abrazado por todas las organizaciones mundiales y no puede ser minusvalorado. La OMS, el Banco Mundial y la Asamblea General de las Naciones Unidas han aprobado diferentes resoluciones al respecto. Margaret Chan, la Directora General de la OMS en el discurso de apertura de la Reunión Ministerial sobre la cobertura sanitaria universal organizada conjuntamente entre la OMS y el Banco Mundial el 18 de febrero de 2013, decía: “En diversas ocasiones he manifestado mi compro-

miso personal con la cobertura sanitaria universal, que, a mi juicio, es el concepto más poderoso que puede ofrecer la salud pública. Es además el mejor modo de cimentar los logros obtenidos en sanidad en los últimos diez años y de llevar a la práctica los más altos principios éticos de la salud pública. Es un poderoso factor de igualdad social y expresión última de equidad. Este reciente entusiasmo por la cobertura universal se produce en un mundo en el que las desigualdades sociales y de ingresos, oportunidades y acceso a la atención sanitaria están alcanzando los mayores niveles registrados durante al menos medio siglo. Cuánto me satisfaría observar que, en un momento en el que las políticas de diversos sectores están aumentando las desigualdades sociales, la salud llevara al mundo hacia una mayor equidad en cuestiones de importancia para todos los habitantes de este planeta” (http://www.who.int/dg/speeches/2013/universal_health_coverage/es/index.html#).

3.2. Minimización de barreras de acceso a la asistencia sanitaria

Hay cinco ejes del acceso como interpretación de la equidad en sanidad que deberían satisfacerse conjuntamente para garantizar el precepto de la Ley General de Sanidad (LGS) de acceso a la sanidad pública en condiciones de igualdad efectiva: acceso físico, es decir, recursos apropiados donde se necesitan y accesibles a los que los necesitan (competencia a las CCAA la distribución física de los recursos); acceso legal, garantizando normativamente el derecho a la asistencia sanitaria pública (sirva lo ya comentado para España); acceso financiero, teniendo en cuenta que la gratuidad no implica coste cero para el usuario y que puede haber variables que afectan al coste: desplazamiento a la asistencia, participación en el pago de los medicamentos, y que generan desigualdad de acceso; acceso cultural, es decir, facilitar la utilización a la gente de diferente cultura, lengua y extracción social, una barrera presente en España hoy tras la inmigración masiva reciente; y acceso a la calidad, que requiere minimizar las variaciones en la práctica médica (VPM) no explicadas por las diferencias en morbilidad que puedan llevar a diferente potencial de salud. Cuanto más comprensivo y uniforme en la calidad, más justo será el sistema sanitario. El acceso a una calidad similar inter- e intrarregional es uno de los objetivos del futuro inmediato en la política de equidad territorial en España, cuyo garante es el Gobierno central en un sistema descentralizado.

3.3. Prestaciones comprensivas y uniformes

Acceso equitativo a un conjunto apropiado de servicios sanitarios, sin restricciones en las prestaciones ni en su calidad. La igualdad de oportunidades no exige, sin embargo, unas prestaciones ilimitadas, que podrían estimular comportamientos de azar moral en los ciudadanos y posibilitar atenciones no efectivas, pues existen otros bienes sociales que se orientan al mismo fin (educación, etc.) que compiten por los fondos financieros. Lo que resulta imperativo es la delimitación explícita de las prestaciones y hacerla de manera controlable públicamente. La cartera común de servicios aprobada en España en el Real Decreto Ley 16/2012, que actualiza la cartera de servicios del SNS establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS, establece 3 modalidades de servicios que componen la cartera común: básica, cubierta enteramente por la financiación pública; suplementaria, sujeta a aportación del usuario; y accesoria o no esencial, sujeta a aportación y/o reembolso del usuario. Además, se regula la cartera de servicios complementarios de las CCAA, financiada con cargo a los recursos cada una de ellas, una vez garantizada la cobertura de la cartera común y garantizada la suficiencia financiera y el cumplimiento de los criterios de estabilidad financiera.

El Proyecto de Orden Ministerial de creación de la Red de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias establece el mecanismo para la definición de la cartera de servicios y sus componentes. “El Real Decreto Ley 16/2012 modificó los artículos 20 y 21 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En ellos se recoge el acuerdo alcanzado en el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 12 de febrero de 2012, de crear una red española de agencias de evaluación de tecnologías sanitarias con las Agencias existentes hasta el momento. En estos artículos se señala que la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías y Prestaciones del SNS participará en la evaluación del contenido de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de SNS, así como la evaluación previa de las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos para su utilización en el SNS. ...

El objetivo general de la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del SNS es fundamentar la toma de decisiones sobre la incorporación, condiciones de financiación o desinversión y uso apropiado de las tecnologías sanitarias, mediante su aplicación global en todo

el territorio nacional a través de los servicios de salud correspondientes, con el fin de promover la equidad y sostenibilidad del SNS”.

Los Miembros de la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud son:

- Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitaria del Instituto de Salud Carlos III, (AETS).
- Servicio/Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitaria del País Vasco, (OSTEBA).
- Unidad de Evaluación de Tecnología Sanitaria de la Agencia Laín Entralgo de la Comunidad de Madrid, (UETS).
- Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitaria de Galicia, (Avalia-t)
- Agencia de Información, Evaluación y Calidad en Salud de Cataluña, (AIQS).
- Agencia de Evaluación de Tecnología Sanitaria de Andalucía, (AETSA).
- Servicio de Evaluación y Planificación del Servicio Canario de Salud, (SESCS).
- Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud, (IACS).

La necesidad de evitar los problemas de azar moral sugiere la introducción de mecanismos de racionamiento en forma de precios, listas de espera o de límites a la cantidad. Los sistemas sanitarios públicos tienden a utilizar poco los primeros para no generar problemas de acceso, mucho los segundos, creando insatisfacción y, hasta ahora, profusa pero implícitamente, los terceros. Hoy se reconoce la necesidad de establecer las prioridades más explícitamente mediante la definición y ordenación de las prestaciones (paquete asistencial) reconocidas como derecho a los ciudadanos.

Los criterios de inclusión en el paquete asistencial habrían de valorarse por su contribución relativa a la protección de la igualdad de oportunidades (p. ej., categorías completas de servicios: prevención, asistencia domiciliaria, servicios de salud mental, que pueden afectar al nivel funcional). El criterio de la eficiencia contribuye a este objetivo, al ordenar prioridades en función de la efectividad y el coste de las prestaciones. Las prestaciones ineficientes no

pueden contribuir a la igualdad de oportunidades.

Como criterios de exclusión se contemplan la ausencia de necesidad -siempre pendiente la difícil cuestión de quién la define- y la ausencia de, o no probada, efectividad. El problema de los servicios no provistos en el paquete asistencial es que puede acentuar la distribución desigual de la enfermedad y de la renta entre las clases sociales: los pobres están más enfermos y los más enfermos más pobres. Es un problema de selección de riesgos. Respecto a la asistencia suplementaria, cuanto más extensa sea, mayor discriminación habrá en el sistema.

3.4. Financiación equitativa: contribuciones generales, separadas de riesgos, según capacidad de pago

El objetivo de la cobertura sanitaria universal es asegurar que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan, sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos (OMS, 2013).

La idea de la financiación sanitaria según la *capacidad de pago* encuentra su justificación teórica en las teorías más conocidas de la justicia (Rawls, 1998). La alternativa a la capacidad de pago es el *principio del beneficio*, que hace recaer el peso de la financiación sobre quién se beneficia de la asistencia.

El riesgo individual no puede ser la base de la financiación sanitaria. En un sistema sanitario de financiación pública como el SNS, en cada momento los más sanos financian a los más enfermos. No se debería cargar el coste sobre los más enfermos, lo que sugiere la minimización de franquicias, copagos, periodos de carencia, etc.

El copago puede ser eficiente como instrumento para combatir el azar moral en servicios de demanda elástica, y para ampliar los ingresos financieros en servicios de demanda inelástica. La idea de introducir el copago como estrategia de contención de costes podría resultar injusta, al desplazar costes de sanos a enfermos (*cost shifting*), e ineficiente, si pospone la utilización de los servicios impidiendo la prevención y la detección precoz, o si se establece sobre servicios de demanda-precio inelástica.

En una revisión de estos y otros argumentos sobre participación del pago de los servicios en España Puig y Rodríguez (Puig, 2012, Rodríguez y Puig, 2012) realizan las siguientes recomendaciones: 1)

Modificar el diseño del copago farmacéutico incluyendo los medicamentos hospitalarios de dispensación ambulatoria. 2) Introducir un copago fijo en las visitas y en las urgencias. 3) Introducir tasas por servicios complementarios cubiertos y precios públicos por prestaciones actualmente no cubiertas. 4) Modular los copagos en función de criterios clínicos y de coste-efectividad. 5) Implementar mecanismos de protección de los más débiles económicamente y los más enfermos, con establecimiento de límites máximos y exenciones en función de la renta y del estado de salud. El criterio es que el copago y otras formas de contribución no deben empobrecer al paciente.

Las propuestas de introducir impuestos finalistas para incrementar la financiación sanitaria, sugeridas por algunos en España y EE. UU. mediante la utilización de impuestos “al pecado” (*sin taxes*) o a los hábitos no saludables (tasa sobre la grasa, tasa sobre bebidas azucaradas...), pueden ser una fuente adicional de recursos financieros, aunque también pueden ser injustas desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades con responsabilidad (Roemer, 1996), si no se distingue, en los denominados riesgos autocreados, entre decisiones libres e informadas y otras. Por ejemplo, el hábito de fumar es una adicción habitualmente adquirida en edades jóvenes con capacidad limitada de decisión y, además, es usual entre personas de categoría socioeconómica baja y menos frecuente en otras categorías sociales más receptivas a mensajes de educación sanitaria porque su nivel educativo les ha hecho más competentes para ello. No se debería penalizar el consumo de tabaco indiscriminadamente y sí contemplar las diferencias en la responsabilidad mediante los ajustes necesarios.

3.5. Eficiencia

No es ético derrochar recursos que podrían lograr más. Un sistema sanitario será mejor si establece mecanismos para minimizar los factores de riesgo, la incidencia de la enfermedad y los accidentes (prevención y promoción) y, en caso de ocurrencia, su tratamiento más coste-efectivo. Este es el foco de las propuestas de incorporación sistemática de los principios de la evaluación de tecnologías sanitarias (*Health Technology Assessment*) y de la Medicina Basada en la Evidencia (*Evidence-based Medicine*) a las decisiones clínicas. La evaluación económica de servicios han de hacerla agencias independientes de evaluación y mediante procesos abiertos, democráticos, de toma de decisiones.

La determinación de prioridades precisa de criterios explícitos. El análisis comparado destaca como criterios de determinación de prioridades de intervenciones consideradas necesarias, la efectividad, la relación coste-efectividad y la relevancia para el sistema sanitario público. España no ha desarrollado un mecanismo explícito de ordenación de criterios para la determinación de prioridades en las decisiones sanitarias. Los criterios de efectividad y eficiencia, sin embargo, han pasado a ser lugar común en la regulación de la actividad sanitaria sujeta a priorización. Recientemente, en la elaboración del contenido de la cartera de servicios (Real Decreto Ley 16/2012) se dice que se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de los grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, así como su impacto económico y organizativo.

Las implicaciones de una atención sanitaria basada en algún mecanismo de determinación de prioridades son múltiples. Requieren perfeccionar los sistemas de información sobre efectividad de los procedimientos, homologar criterios de actuación mediante la elaboración de guías de práctica clínica y profundizar en la evaluación de tecnologías sanitarias. Afecta, además, a los derechos ciudadanos. No todo lo que existe y es autorizado públicamente debe ser financiado también públicamente. En consecuencia, define un área dejada a la responsabilidad individual.

3.6. Comparabilidad

La atención sanitaria ha de compararse con otros servicios públicos con elevado impacto sobre la igualdad de oportunidades, como la educación, y con otros servicios que protegen nuestra libertad, como la defensa y la justicia. Un presupuesto sanitario global ayuda a establecer la comparación con el esfuerzo en otros servicios. En principio, no hay un nivel deseable de gasto sanitario para un país. La organización del sistema es más relevante que una cifra concreta de porcentaje del PIB.

3.7. Libertad de elección por parte del consumidor

Un sistema sanitario es mejor si respeta más la elección autónoma e informada de los individuos. La libertad de elección añade valor en sí misma. La me-

jora en la capacidad de elección es garantía de mayor eficiencia y calidad de los servicios. En tal sentido, se requiere una buena información al consumidor para facilitar el ejercicio de la elección. Este criterio, como los anteriores, puede entrar en conflicto con otros. Así, la elección de planes de seguro de diferente contenido prestacional puede afectar negativamente a la igualdad de acceso.

4. EL BUEN GOBIERNO DE LA SANIDAD PÚBLICA

En el marco de las reglas de juego descritas más arriba, los cambios estructurales que el SNS necesita han de encontrar un contexto organizativo apropiado sólidamente fundado en valores. El concepto de “buen gobierno” va mucho más allá de la ausencia de corrupción, mala gestión, nepotismo, etc. Buen gobierno implica, por supuesto, buenos resultados, pero no solo eso: exige que el proceso de toma de decisiones responda a todo un conjunto de reglas (participación democrática, transparencia, rendición de cuentas, respeto a las leyes, etc.). Estas reglas, a su vez, están basadas en valores éticos, de ética personal-cívica y de ética política; en definitiva, en virtudes cívicas (Cabasés y Freire, 2010).

El buen gobierno corporativo es hoy una realidad en muchas empresas preocupadas por la responsabilidad social corporativa también por muchas instituciones públicas, que han desarrollado normas al respecto. Un ejemplo reciente de normativa de buen gobierno institucional lo ofrece la [Ley Foral 2/2011](#), de 17 de marzo, por la que se establece un código de buen gobierno en Navarra. El buen gobierno, dice la ley, implica que quienes han recibido el respaldo de sus conciudadanos deben honrar esa confianza y actuar en pro del interés general, con imparcialidad, dedicación, diligencia, responsabilidad, lejos de intereses particulares o ilegítimos. Se trata de aplicar a la acción de gobernar normas éticas y garantizar, además de la intachabilidad moral, que se sigan los principios de eficacia, economía y eficiencia, que se trate a los individuos con corrección y sin discriminaciones, que su actuación resulte transparente, rápida y de calidad.

El desarrollo más reciente de los principios del buen gobierno sanitario lo ofrece el trabajo de la Comisión de Buen Gobierno Sanitario del Consejo de Europa¹ en la premisa de que una buena gobernanza tiene

1 Consejo de Europa. Comité Europeo de Salud (Doc 06.1

una influencia positiva en todas las funciones del sistema sanitario, de manera que mejora su desempeño y, en última estancia, los resultados de salud. Para la Comisión, la buena gobernanza de los sistemas de salud se basa en *valores fundamentales*: derechos humanos, cumplimiento de las leyes y democracia; en *principios* a los que responde la sanidad pública: universalidad, equidad y solidaridad; en *atributos* que son específicos del buen gobierno: rendición de cuentas, transparencia, responsabilidad, participación, eficiencia, calidad, seguridad, y dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos; y en *aspectos éticos*: una cultura de integridad, códigos de conducta, atención a los conflictos de interés y prevención del fraude y la corrupción.

Todos estos valores, principios, atributos y aspectos éticos tienen implicaciones muy directas en el gobierno y organización de lo público y piden organizar y gestionar la sanidad con las fórmulas e instrumentos que mejor los puedan garantizar de acuerdo con la experiencia (política basada en la evidencia de lo que funciona). Avanzar en esta dirección implica abrir para la sanidad española una línea de innovación en la forma de hacer política sanitaria en sintonía con las aspiraciones de ciudadanos y profesionales y con la cultura democrática de los países más avanzados. Ello supone un cambio respecto a la situación actual, un programa de reformas profundas, un replanteamiento estratégico de la sanidad pública. En España se han producido recientemente algunas propuestas de recomendaciones para un código de buen gobierno de la sanidad pública, entre otras la de la sanidad pública vasca, con algunas líneas básicas y compromisos y vías de avance que adaptamos a continuación².

4.1. Líneas básicas para el buen gobierno de la sanidad pública en España

Visión y valores

Basar en los valores de la ética pública democrática la reorientación al buen gobierno de la sanidad pública, tomando como referente las recomendaciones del Consejo de Europa.

CDSP(2009)28E)

² Adaptado de las Recomendaciones del Consejo Asesor sobre el Código de Buen Gobierno de la Sanidad Pública Vasca (2011). El Consejo Asesor, presidido por el autor, realizó sus trabajos a lo largo del año 2010 y presentó sus recomendaciones a la Comisión de Sanidad del Parlamento Vasco en marzo de 2011.

Pacto por la sanidad

Para la reorientación al buen gobierno de la sanidad pública y lograr una sanidad pública de calidad y eficiente, hay que impulsar un nuevo contrato social con todos los sectores de la sociedad (partidos políticos, profesionales, agentes económicos y sociales, pacientes y ciudadanos) basado en los valores de la ética pública democrática, tomando como referente compartido común los valores, principios y atributos del buen gobierno, buscando acuerdos y consenso en torno a reglas del juego democrático para gobernar y gestionar la sanidad pública, gobierne quien gobierne.

Nueva estrategia organizativa

Para orientar los servicios sanitarios hacia niveles más altos de calidad, efectividad y eficiencia, hay que rediseñar, de acuerdo con los valores y principios compartidos de buen gobierno, la organización y el funcionamiento de toda la sanidad pública, tanto los servicios regionales de salud y sus organizaciones (hospitales, Atención Primaria, etc.), como la red de servicios de Salud Pública, incluyendo en ello una atención especial a los enfermos crónicos, y una coordinación eficaz entre servicios sanitarios y sociales.

Salud Pública

Revitalizar la salud pública, impulsando la prevención, protección y promoción de la salud, y haciendo de la buena salud, y de la calidad de vida ligada a ella, una de las grandes prioridades de todas las políticas públicas.

4.2. Compromisos para avanzar en el buen gobierno de la sanidad pública

4.2.1. Un sistema sanitario centrado en el ciudadano

La sanidad pública ha de responder con la mayor calidad, efectividad, eficiencia y equidad a las necesidades, demandas y preferencias de ciudadanos y pacientes en relación con la sanidad, planificando, gobernando y gestionando ésta a partir de la consideración de que los ciudadanos y los pacientes son sus auténticos propietarios, destinatarios y jueces. Dos ámbitos de acción resultan especialmente relevantes:

1) la libertad de elección, ampliando al máximo el acceso y la transparencia en la información, las posibilidades de elección y de control, y 2) la integración de los servicios, desarrollando servicios específicos de atención a los ancianos, a los enfermos crónicos, a los enfermos mentales y a los dependientes en general, coordinándolos eficazmente con los servicios sociales y construyendo el sistema sociosanitario necesario, tanto por razones de solidaridad y justicia social, como por su contribución decisiva a la calidad y la eficiencia del conjunto de la sanidad pública.

4.2.2. La política de salud

Hay que desarrollar la Ley General de Salud Pública (Ley 33/2011) para llevar la preocupación por la salud más allá de los Departamentos de Salud, integrando la prevención, la protección y la promoción de la salud en todas las políticas públicas y en las prioridades de los gobiernos estatal, regionales y locales, buscando para ello el compromiso de las diferentes estructuras de gobierno y de todas las organizaciones sociales (González López-Valcárcel y Ortún, 2010).

4.2.3. Autonomía de gestión

Las exigencias de gestión de las organizaciones sanitarias reclaman un elevado grado de autonomía. Habría que dotar a las organizaciones sanitarias de toda la autonomía que precisen para responder adecuadamente a su misión y poder prestar sus servicios con la mayor calidad y eficiencia. Son numerosas y variadas las experiencias que se han desarrollado a lo largo de estos años en los que claramente se marca la tendencia a abandonar modelos centralizados, unitarios y totalmente jerarquizados, para derivar hacia modelos organizativos con mayor grado de autonomía. Esta tendencia conlleva necesariamente dos exigencias que van estrechamente relacionadas con la autonomía que se pretende impulsar: la definición de órganos de gobierno con capacidad de decisión en los centros y la profesionalización de los directivos sanitarios públicos.

El nivel de autonomía de las organizaciones de servicios puede alcanzar distintos grados de desarrollo y además ninguna norma vigente impediría que la profundidad o las características de la autonomía de cada centro se ajustasen a sus especificidades, pudiendo dar como resultado una distribución asimétrica del grado de autonomía de cada organización de servicios. En este sentido sería recomendable ir vi-
rando con prudencia hacia formas organizativas que

permitan un funcionamiento más ágil de las distintas organizaciones de servicios y que esta revisión se base en la experiencia, en el día a día que se vive en cada institución, así como en la implementación de experiencias piloto que permitan calibrar y escalar adecuadamente el alcance y los efectos del cambio de modelo.

4.2.4. Órganos colegiados de gobierno

Para ensanchar la capacidad de decisión autónoma de los centros sanitarios, habría que implantar en todas las organizaciones sanitarias órganos colegiados de gobierno -consejos de gobierno-, con funciones de consejos de administración, máxima autoridad de la organización ante la que responde el director gerente, y con el mandato de cumplir la misión de la organización y velar por los intereses de los ciudadanos en relación con el servicio sanitario público, cumpliendo y haciendo cumplir la normativa vigente, los presupuestos y las indicaciones de las autoridades sanitarias.

Las competencias y responsabilidades de los órganos colegiados de gobierno deberán ser similares a las que corresponden a patronatos y consejos de administración, para lo cual, dentro del marco corporativo común del Servicio Regional de Salud (SRS) tendrán competencias sobre todos los aspectos de organización y funcionamiento de las organizaciones que gobiernan, de modo que éstas tengan toda la autonomía necesaria para un funcionamiento ágil y eficiente. Serán responsables de: 1) definir la estrategia de la organización, 2) controlar y evaluar sus resultados, 3) asegurar la consideración de las necesidades locales, teniendo en cuenta a la población y a los profesionales sanitarios, 5) garantizar la aplicación de las normas de buen gobierno, 6) participar en el nombramiento del equipo directivo, evaluar sus resultados y proponer su revocación, y 7) velar por el buen funcionamiento del gobierno clínico de la organización (calidad y seguridad de la atención).

Los miembros de los consejos de gobierno de las organizaciones sanitarias tendrán el mandato, y asumirán el compromiso, de cumplir la misión de la organización en cuyo consejo sirven, velando por los intereses de los ciudadanos en relación con el servicio sanitario público, cumpliendo y haciendo cumplir la normativa vigente, los presupuestos, la política y los objetivos sanitarios del Departamento de Salud.

En la composición de los consejos deberían distinguirse tres tipos de miembros: 1) miembros corpo-

rativos o internos, pertenecientes al SRS o al Departamento de Salud; su función en los consejos sería llevar a los mismos las líneas estratégicas corporativas y sus normas e indicaciones, 2) miembros que representen a la población local a la que sirven las organizaciones sanitarias y, por ello, deberían ser concejales propuestos por los ayuntamientos, y 3) miembros cuya pertenencia al consejo sea a título personal individual, nombrados por su contribución potencial al gobierno de la organización, dada su experiencia, formación y trayectoria cívico-profesional.

Una cuestión de relevancia jurídica es la de los deberes y la responsabilidad de los miembros de los consejos de gobierno. Existe una amplia literatura al respecto referida a los administradores de las sociedades mercantiles (ver, por ejemplo, Oriol, 2012). La posición fiduciaria de los administradores es diferente en el ámbito público, donde la separación de entre las funciones de asunción de riesgo y de administración no es tan evidente. Sin embargo, los deberes de diligencia y lealtad deberían ser igual de exigibles a los miembros de los consejos de gobierno. El deber de diligencia incluye los de ejercer el cargo, informarse y actuar con imparcialidad. El deber de lealtad conlleva la prohibición de explotar la posición en favor propio. La creación de órganos colegiados de gobierno debería conllevar la regulación de estos deberes y responsabilidades de sus miembros.

4.2.5. Profesionalización de la gestión

La eficacia, legitimidad y autoridad en la gestión requieren la profesionalización y estabilidad contractual de los gestores, diferenciando su papel del de los políticos responsables últimos de la sanidad pública. Para ello la sanidad pública debería dotarse, en sus diferentes niveles y especializaciones, de directivos profesionales para la gestión de todas sus organizaciones y servicios; seleccionando y nombrando a los directores gerentes y a todos los cargos ejecutivos, de alta dirección, de responsabilidad clínica o gestora, por procedimientos en los que exista concurrencia pública, participación de los respectivos órganos colegiados de gobierno y, en su caso, el asesoramiento profesional correspondiente.

Estos directivos deberían contar con una regulación específica para su selección, atribuciones, condiciones de empleo y cese, reconocimiento de trayectoria directiva, código de conducta y evaluación de resultados, adaptada a cada situación. La estabilidad, legitimidad y autoridad que precisa la dirección pú-

blica profesional requiere, además del cumplimiento estricto por parte de estos profesionales de las leyes y las normas obligatorias para todos, de su adhesión a un código de conducta específico que, entre otros puntos, incluya la lealtad a los valores del servicio público, la explicitación de todo tipo de conflictos de interés, el compromiso estricto de neutralidad político-partidaria en el desempeño de sus funciones, así como de lealtad a la Administración de cada momento, sometimiento a los principios de legalidad, transparencia e imparcialidad en la toma de decisiones, estilo de trabajo abierto y participativo, compromiso con la promoción personal y profesional de los trabajadores, austeridad y eficiencia en el uso de los recursos, rendición de cuentas (realizada con carácter periódico y sistemático, tanto a instancias internas como externas), y compromiso con la innovación y la gestión del conocimiento para el desarrollo individual y corporativo. La evaluación de los resultados obtenidos de la actividad encomendada a los directivos se establecerá como práctica común, con el objetivo de incentivar la excelencia profesional y sancionar el incumplimiento; para ello los SRS se deberían dotar de un procedimiento objetivo de medición de resultados y hacer esta evaluación determinante en la política de fidelización de los directivos.

¿Debería existir una formación específica de profesionales de la gestión sanitaria? Teniendo en cuenta la relevancia de la gestión sanitaria para la obtención de resultados de salud, la especificidad del quehacer sanitario, la importancia en términos de recursos humanos, materiales y financieros empleados en el sector sanitario, la idea de formar gestores sanitarios que pudieran gestionar desde el conocimiento profundo del sector, al estilo de las especializaciones médicas (un programa GIR), podría considerarse. La única experiencia en nuestro entorno, el programa GES (Gestores Sanitarios) en la CA del País Vasco en 1992, no tuvo continuidad, pese a contar con una valoración elevada.

4.2.6. Buenas prácticas de gestión

En términos generales podemos entender por buenas prácticas los procedimientos, acciones y esquemas organizativos que funcionan para alcanzar sus objetivos satisfactoriamente (calidad, eficiencia, satisfacción de las partes interesadas, etc.), cumpliendo con todas las especificaciones y normas. La expresión buenas prácticas tiene una cierta connotación de referente o de modelo de buen hacer, lo que implica una relación directa, de causa-efecto, entre su utiliza-

ción y el logro de buenos resultados (replicabilidad). En este sentido, una característica relevante de las buenas prácticas es su transferibilidad y validez para circunstancias y objetivos similares a aquellos en los que funcionan (Acedo y Freire, 2011).

La aplicación del concepto de buenas prácticas a los servicios sanitarios públicos añade a la complejidad de su carácter de gestión pública la multidimensionalidad y complejidad propia del sector salud y sus servicios, derivada de lo que significa el binomio salud-enfermedad en la vida de las personas, de la sofisticación tecnológica y organizativa de la medicina moderna, de la incertidumbre que rodea a los procesos y decisiones clínicas, de los dilemas éticos presentes en casi todas sus decisiones, etc. Por ello, en los servicios sanitarios públicos los estándares de buenas prácticas abarcan un amplísimo listado de actividades y procedimientos que van desde las guías de práctica clínica y los códigos de conducta hasta los listados de comprobación (*check lists*) en los quirófanos, pasando por todo tipo de normas menores y estándares en los que se basa el buen funcionamiento de los centros sanitarios (citación, seguridad microbiológica, etc.).

Desde una visión de las políticas públicas que tiene el buen gobierno como horizonte de referencia, el objetivo de implantar una cultura de buenas prácticas en los servicios sanitarios públicos significa la búsqueda continua y la implementación de los procedimientos que mejor responden a los principios del buen gobierno (transparencia, rendición de cuentas -*accountability*-, prevención, detección y actuación frente a conflictos de interés, incumplimientos y otras conductas contrarias a las leyes y normas y a la ética de la gestión pública en sanidad), tanto por su valor moral normativo, en tanto que referentes de comportamiento, como por la evidencia empírica existente de que son los que mejor contribuyen a la eficiencia y calidad en los servicios.

En tal sentido, hay que promover una cultura de buenas prácticas y de ética profesional a todos los niveles (gobierno, gestión, práctica clínica), impulsando la existencia y el cumplimiento de reglas y códigos de conducta específicos para todos los responsables y profesionales de la sanidad (miembros de los órganos colegiados de gobierno, gestores ejecutivos, responsables de unidades, clínicos, etc.), con especial atención a la prevención de conflictos de interés y a la ejemplaridad ética en el desempeño de las responsabilidades, con transparencia y rendición de cuentas, siguiendo el ejemplo de los mejores ser-

vicios de salud y los referentes internacionales de la responsabilidad social corporativa.

La regulación explícita de los *conflictos de interés* es un instrumento imprescindible en una organización que quiera ofrecer a la sociedad garantías de transparencia, integridad y buenas prácticas. Por ello, la sanidad pública debiera dotarse de una normativa sobre conflictos de interés, obligatoria para todo su personal, que defina los diversos tipos de tales conflictos y establezca pautas claras de conducta al respecto, tomando como referente las existentes en los sistemas sanitarios de otros países. Una referencia a la cuestión de los conflictos de interés entre profesionales sanitarios y la industria, con referencia a la situación internacional y a España, puede verse en Ruano (6). En dicho estudio se propugnan los principios de transparencia, independencia y proporcionalidad para abordar la cuestión de los conflictos económicos de interés entre las asociaciones profesionales y la industria.

Hay buenos ejemplos comparados de regulación de los conflictos de interés en el ámbito sanitario. Uno de ellos es la normativa de Alberta, en Canadá. Se trata de un compromiso de la organización sanitaria con un estándar de conducta que mantiene y ensancha la confianza pública en la integridad, la objetividad y la imparcialidad en sus actividades clínicas y económicas. La organización sanitaria de Alberta confía en que sus profesionales mantengan tales estándares asegurando que sus actividades exteriores o sus intereses financieros no interfieran o influyan en sus procesos de decisión. Reconocen que los profesionales sanitarios tienen intereses fuera de la organización pero se espera que cumplan plenamente con su responsabilidad de manera que eviten su implicación en todo tipo de situaciones de conflicto de intereses, potencial, percibido o real, y que revelen y hagan frente con prontitud a los conflictos en caso de producirse.

Los *Códigos de Conducta* son instrumentos cada vez más utilizados en todo tipo de organizaciones por su contribución a adecuar los comportamientos y decisiones, individuales y colectivos, a buenas prácticas y estándares éticos, favoreciendo una cultura de integridad. Por ello, la sanidad pública debiera dotarse de un código de conducta general, obligatorio para todo su personal, e impulsar códigos de conducta más específicos para las actividades profesionales o las responsabilidades de gestión que así lo requieran.

La corrupción en todas sus variantes (fraude, so-

bornos, nepotismo, clientelismo, etc.) es la antítesis del buen gobierno; muchos organismos internacionales (Consejo de Europa, OCDE, etc.) recomiendan estrategias e instancias activas contra la corrupción en el sector público, incluida la sanidad; así, tanto en los EE. UU. (Medicare), como en Europa en el NHS británico, (Department of Health, 2002) cuentan con unidades especiales para la prevención, detección e investigación de casos de fraude y corrupción. Siguiendo estas recomendaciones y ejemplos, la sanidad pública debiera dotarse de un servicio/unidad responsable de desarrollar su política antifraude y corrupción y llevar a cabo todas las acciones que ello requiera, entre otras: un “plan de prevención del riesgo de fraude y corrupción”, una “guía de actuación en caso de sospecha de corrupción”, procedimientos para denunciar, procesar y actuar en casos de corrupción, información y formación sobre estas cuestiones, etc. Los gestores del NHS se comprometen explícitamente a observar los siguientes principios:

- Hacer del cuidado y la seguridad de los pacientes mi primera preocupación y actuar para protegerlos de los riesgos;
- Respetar al público, pacientes, familiares, cuidadores, personal del NHS y asociados de otros organismos;
- Ser honesto y actuar con integridad;
- Aceptar la responsabilidad de mi propio trabajo y el buen desempeño de las personas que gestiono;
- Mostrar mi compromiso de trabajar como miembro del equipo de trabajo con todos mis colegas en el NHS y la comunidad en general;
- Asumir la responsabilidad de mi propio aprendizaje y desarrollo.

Otro ejemplo excelente de código de conducta en los servicios sanitarios es el de Alberta, Canadá (<http://www.albertahealthservices.ca/pub-code-of-conduct.pdf>), referido en este caso a todos los profesionales, que está basado en 5 principios:

- Tratar a las personas con respeto, compasión, dignidad y justicia.
- Ser abierto, honesto y leal.
- Actuar éticamente y mantener estándares profesionales.

- Asumir la responsabilidad de los propios actos y esperar lo mismo de los demás.
- Respetar la confidencialidad y la privacidad.

4.2.7. Transparencia

La cuestión de la transparencia se ha convertido en central para recuperar la confianza en las instituciones públicas donde la corrupción parece haberse instalado desde hace tiempo. Es frecuente encontrar procesos normativos de transparencia de la acción pública. Un ejemplo reciente es la Adoptrar procedimientos para que la toma de decisiones a todos los niveles de la sanidad pública esté bien informada y sea transparente y abierta a la consulta y la participación cívica, política y de expertos, a fin de mejorar con ello la calidad de las normas. Para ello, entre otras medidas, las decisiones de importancia estarán basadas en libros blancos o informes, abiertos a consulta pública, en los que se analicen los problemas, alternativas y políticas que se proponen, de forma que la lógica de estas sea pública y pueda recibir críticas y aportaciones de todos los ámbitos de la sociedad. Para facilitar la rendición de cuentas y la participación social, política y cívica, hacer pública “por defecto”, accesible y utilizable en internet, toda la información disponible que no desvele datos personales.

4.2.8. Participación de los profesionales

Es necesario implicar activamente a los médicos y a todos los profesionales sanitarios en la sostenibilidad de la sanidad pública, en la elaboración de políticas de salud, en la gestión y en la toma de decisiones, potenciando o creando estructuras efectivas de participación y asesoramiento profesional, así como buscando la revitalización de las organizaciones profesionales para que respondan a las necesidades y retos de la medicina del siglo XXI.

En el ámbito de las organizaciones sanitarias (hospitales, comarcas, etc.) el sistema de asesoramiento y participación profesional es crítico, porque el *input* profesional tiene aquí un impacto directo en los servicios y contribuye a implicar y motivar a los profesionales con su organización, al ver que su opinión cuenta en las decisiones del día a día.

La importancia del buen funcionamiento de las juntas facultativas técnico-asistenciales o comisiones técnicas, comisiones de calidad, etc., requiere evaluar su desempeño y su papel en la práctica, a fin de

revitalizar y fortalecer su contribución a la calidad de los servicios, a la participación de los profesionales y a la buena marcha general del conjunto de la organización sanitaria. En la normativa interna de las organizaciones sanitarias debe estar especificado el listado de temas en los que sea preceptivo recabar la opinión y asesoramiento de las juntas facultativas técnico-asistenciales o comisiones técnicas y de las diferentes comisiones de calidad.

En todo caso, un tema central del asesoramiento profesional habrá de ser la gestión clínica (implicación de los profesionales en la gestión de los recursos, favorecer la continuidad asistencial, mejorar la organización y el funcionamiento de los servicios clínicos, etc.), atendiendo especialmente a todos los aspectos de calidad de la práctica profesional.

Para fortalecer el asesoramiento profesional, tanto a nivel central como a nivel de todas las organizaciones dándole mayor visibilidad y, sobre todo, haciendo que sea un componente formal del proceso de toma de decisiones, se recomiendan, entre otras, las siguientes iniciativas concretas: dar difusión y publicidad de los informes a través de internet e intranets; que los informes y actas de las reuniones de estos órganos colegiados profesionales sean puestos en la página de internet de la organización; esta medida es crítica para la efectividad, legitimación, fortalecimiento y visibilidad del asesoramiento profesional sanitario; abrir a consulta profesional todos los documentos sobre políticas y proyectos que afecten a la actividad clínica, dando respuesta a los mismos; valorar la participación profesional del personal médico, de enfermería, farmacia, etc., en estos órganos como mérito para su reconocimiento y promoción profesional y a efectos de carrera profesional.

4.2.9. Participación ciudadana

Entendemos por participación ciudadana las prácticas políticas a través de las que la ciudadanía (organizada) puede incidir sobre alguna dimensión de aquello que es público, subrayando su valor como herramienta que contribuye a la profundización e intensificación del buen gobierno de los sistemas públicos.

La participación ciudadana en la sanidad, al nivel que más importa al paciente, requiere la existencia de una amplia posibilidad de elección dentro de la sanidad pública y, sobre todo, la existencia en la misma de una cultura organizativa y profesional en la que el paciente tenga en todo momento la información

que precisa para tomar sus propias decisiones y el control de todo aquello que concierne a la atención a su salud. Además, en una sanidad centrada en la persona-paciente, el papel activo y la participación del ciudadano en la misma tiene que incluir la potenciación del autocuidado y la autonomía del paciente, la responsabilidad de su propia salud, pero también de la sostenibilidad del conjunto del sistema sanitario. Todo ello exige que la sanidad pública ofrezca activamente a sus pacientes y a los ciudadanos el apoyo y los instrumentos de todo tipo (educativo, de información, “paciente experto”, cultura profesional de atención personalizada, etc.) que esta reorientación requiere.

A escala institucional, la participación ciudadana en el gobierno de la sanidad pública se ejerce fundamentalmente a través del proceso político democrático por el que se elige y controla a los gobernantes; esta participación se hace más próxima y operativa con la creación de consejos de gobierno y la presencia en los mismos de representantes de los ayuntamientos y de consejeros a título personal vinculados a la comunidad local.

Además, una buena respuesta de los servicios sanitarios públicos a los pacientes y ciudadanos exige la existencia institucional de un sistema para que las quejas, denuncias, sugerencias y reclamaciones tengan mecanismos eficaces y rápidos de respuesta.

Colocar al paciente y a la población en el centro de la sanidad pública requiere que esta refuerce proactivamente los instrumentos que le permiten la identificación de necesidades, de demandas y preferencias de los pacientes, cuidadores, familiares y ciudadanos en general, así como monitorizar el grado de satisfacción con los servicios, poniendo esta información a disposición de la sociedad con la mayor transparencia. En este sentido, recomendamos que se realicen de manera periódica y sistemática encuestas de opinión enfocadas a los distintos tipos de usuarios y de servicios con el fin de asegurar que el diseño de estos servicios y de los procesos asistenciales tomen en consideración al paciente y a sus cuidadores en todos sus elementos (adecuación, información, comodidad, etc.).

Adicionalmente, la participación ciudadana como mecanismo que favorece el buen gobierno debe tener en la ciudadanía organizada en torno al tercer sector un cauce reglado de participación. En este sentido, debería existir un sistema estable y permanente de participación, con a) un marco regulador de la par-

ticipación (normativa destinada a institucionalizar, ordenar, facilitar o promover la participación), que incluya regulación de derechos de petición, de iniciativa, de intervención, etc.; y b) órganos consultivos estables de participación, mediante los que se facilite la interlocución con el sector a través de la agrupación de estas asociaciones, evitando su fragmentación, y promover nuevos canales (tipo web 2.0) para que participen pacientes, cuidadores y asociaciones.

El éxito de las políticas sanitarias depende críticamente, entre otros elementos, de su capacidad para lograr un amplio apoyo en sectores claves de la sociedad, de la Administración, de los profesionales sanitarios, de los agentes sociales y de los partidos políticos. En definitiva, de reclutar una masa crítica de personas y organizaciones implicadas e identificadas con sus valores y con los objetivos de las reformas que se proponen.

Para todo ello es preciso un nuevo estilo de hacer política, es decir, buena política y política de más calidad: más basada en valores, más abierta a la consulta, más rigurosa, más apoyada en la evidencia de lo que funciona, más transparente y, en definitiva, democrática y pegada a las necesidades e intereses de la población a la que sirve.

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Prerrequisitos del sistema sanitario. Un sistema sanitario estable ha de hallarse sólidamente anclado en ciertos valores que lo definen. El fundamento normativo del Sistema Nacional de Salud común a todos los agentes es el principio de igualdad de oportunidades. La atención sanitaria, al salvaguardar nuestra capacidad funcional, protege nuestras oportunidades. De ahí surge la obligación de hacer de la sanidad un servicio accesible a todos dejando fuera obstáculos basados en características de los individuos como raza, género, religión, edad o estado de incapacidad.

Un sistema sanitario centrado en el ciudadano. La sanidad pública ha de responder con la mayor calidad, efectividad, eficiencia y equidad a las necesidades, demandas y preferencias de ciudadanos y pacientes en relación con la sanidad, planificando, gobernando y gestionando ésta a partir de la consideración de que los ciudadanos y los pacientes son sus auténticos propietarios, destinatarios y jueces. Dos ámbitos de acción resultan especialmente relevantes:

1) la libertad de elección, ampliando al máximo el acceso y la transparencia en la información, las posibilidades de elección y de control, y 2) la integración de los servicios, desarrollando servicios específicos de atención a los ancianos, enfermos crónicos, enfermos mentales y dependientes en general, coordinándolos eficazmente con los servicios sociales y construyendo el sistema sociosanitario necesario, tanto por razones de solidaridad y justicia social, como por su contribución decisiva a la calidad y la eficiencia del conjunto de la sanidad pública.

Un nuevo contrato social. Para la reorientación al buen gobierno de la sanidad pública y lograr una sanidad pública de calidad y eficiente, hay que impulsar un nuevo contrato social con todos los sectores de la sociedad (partidos políticos, profesionales, agentes económicos y sociales, pacientes y ciudadanos) basado en los valores de la ética pública democrática, tomando como referente compartido común los valores, principios y atributos del buen gobierno, buscando acuerdos y consenso en torno a reglas del juego democrático para gobernar y gestionar la sanidad pública, gobierne quien gobierne.

Política de salud. El objetivo del sistema sanitario es producir el máximo nivel de salud con los recursos disponibles. La salud debe ser el hilo conductor del sistema. Recomendamos revitalizar la salud pública, impulsando la prevención, la protección y la promoción de la salud, haciendo de la buena salud, y de la calidad de vida ligada a ella, una de las grandes prioridades de todas las políticas públicas.

Sector público y sector privado. El sistema sanitario del futuro se caracterizará por una mayor colaboración entre los sectores público y privado en relación de complementariedad.

Acceso universal. El derecho a la asistencia sanitaria pública en España está fundado en el aseguramiento obligatorio desde el Real Decreto 16/2012 y ya no alcanza a toda la población residente. Los grupos que no tienen derecho a la asistencia sanitaria pública y tampoco recursos financieros han quedado en una situación muy comprometida, que las CC. AA. tratan de paliar de diversas maneras. Hay CC. AA. que simplemente han ignorado la norma y garantizan el derecho a la asistencia, otras que han asignado fondos de sus presupuestos de ayuda internacional para hacer frente a los gastos sanitarios de los inmigrantes ilegales, etc. Estas diferencias afectan a derechos ciudadanos, así como a la movilidad geográfica en busca de trabajo, etc. Sería recomendable que hubiera un

tratamiento común del SNS hacia estas cuestiones, en vez de soluciones asimétricas por comunidad autónoma.

Acceso a la asistencia sanitaria pública. Hay cinco ejes de acceso que el Sistema Nacional de Salud debería alcanzar para ser equitativo. Acceso físico, legal, financiero, cultural, y acceso a la calidad, que requiere minimizar las variaciones en la práctica médica (VPM) no explicadas por las diferencias en morbilidad que puedan llevar a diferente potencial de salud. Cuanto más comprensivo y uniforme en la calidad, más justo será el sistema sanitario. Se hace imprescindible completar la información sobre las VPM en España para poder implantar políticas de acceso a una calidad similar, tanto a escala individual como geográfica.

Coordinación del Sistema Nacional de Salud. Las CC. AA. han de coordinarse con el Gobierno para garantizar la equidad del SNS, evitando desigualdades inaceptables en el acceso. La gestión del SNS descentralizado requiere un sistema de información integrado, facilitar la movilidad de recursos y pacientes cuando sea preciso, y el intercambio de conocimiento. Esto se hace especialmente relevante en materia de salud.

Las organizaciones sanitarias. Las organizaciones sanitarias públicas muestran signos de agotamiento debido a su tradicional rigidez que dificulta la utilización de incentivos para el comportamiento eficiente. La estructura funcional de su personal, el sometimiento al derecho público en la contratación y a la estructura administrativa de los gobiernos, no facilitan la flexibilidad necesaria para el desarrollo de la actividad sanitaria.

Integración de niveles asistenciales. La estructura actual de separación entre Atención Primaria y Especializada hace muy difícil el tratamiento integrado de los pacientes crónicos. El modelo asistencial de crónicos requiere una integración de niveles asistenciales sanitarios y de servicios sociales, en su caso. Los mecanismos contractuales y de financiación han de diseñarse para que se pueda integrar los niveles asistenciales en el nuevo modelo.

Autonomía. Habría que dotar a las organizaciones sanitarias de toda la autonomía que precisen para responder adecuadamente a su misión y poder prestar sus servicios con la mayor calidad y eficiencia, ir vi-
rando con prudencia hacia formas organizativas que permitan un funcionamiento más ágil de las distin-

tas organizaciones de servicios y que esta revisión se base en la experiencia, en el día a día que se vive en cada institución, así como en la implementación de experiencias piloto que permitan calibrar y escalar adecuadamente el alcance y los efectos del cambio de modelo.

Órganos colegiados de gobierno. Para ensanchar la capacidad de decisión autónoma de los centros sanitarios, habría que implantar en todas las organizaciones sanitarias órganos colegiados de gobierno, -consejos de gobierno-, con funciones de consejos de administración, máxima autoridad de la organización ante la que responde el director gerente, y con el mandato de cumplir la misión de la organización y velar por los intereses de los ciudadanos en relación al servicio sanitario público, cumpliendo y haciendo cumplir la normativa vigente, los presupuestos y las indicaciones de las autoridades sanitarias.

Profesionalización de la gestión. La eficacia, legitimidad y autoridad en la gestión requieren la profesionalización y estabilidad contractual de los gestores, diferenciando su papel del de los políticos responsables últimos de la sanidad pública. Para ello, la sanidad pública debería dotarse, en sus diferentes niveles y especializaciones, de directivos profesionales para la gestión de todas sus organizaciones y servicios, seleccionando y nombrando a los directores gerentes y a todos los cargos ejecutivos, de alta dirección, de responsabilidad clínica o gestora, por procedimientos en los que haya concurrencia pública, participación de los respectivos órganos colegiados de gobierno y, en su caso, el asesoramiento profesional correspondiente.

Conflictos de interés. La regulación explícita de los conflictos de interés es un instrumento imprescindible en una organización que quiera ofrecer a la sociedad garantías de transparencia, integridad y buenas prácticas. Por ello, la sanidad pública debería dotarse de una normativa sobre conflictos de interés, obligatoria para todo su personal, que defina los diversos tipos de conflictos de interés y establezca pautas claras de conducta al respecto.

Códigos de conducta. Los códigos de conducta son instrumentos cada vez más utilizados en todo tipo de organizaciones por su contribución a adecuar los comportamientos y decisiones, individuales y colectivos, a buenas prácticas y estándares éticos, favoreciendo la cultura de integridad. Por ello, la sanidad pública debería dotarse de un código de conducta general, obligatorio para todo su personal, e impulsar

códigos de conducta más específicos para las actividades profesionales o responsabilidades de gestión que así lo requieran.

REFERENCIAS

- Acedo K y Freire JM (2011). Implementación de buenas prácticas de gestión pública. Comité Asesor del Buen Gobierno de la Sanidad Pública Vasca Documento de Trabajo (mimeo).
- Alberta Health Services Board (2009). Conflict of interest bylaw. Alberta Health Services. Canada.
- Alberta Health Services Board (2012) AHS Strategic direction 2012- 2015, Canadá (<http://www.albertahealthservices.ca/pub-code-of-conduct.pdf>).
- Arneson RJ. Equality and equal opportunity for welfare. *Philosophical Studies* 1989; 56: 77-93.
- Asociación de Economía de la Salud (2008). Aportaciones al diagnóstico sobre el SNS español para un Pacto por la Sanidad. Disponible en www.aes.es
- Asociación de Economía de la Salud (2012). Posición de la Asociación de Economía de la Salud sobre la reforma del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria universal introducido por el Real Decreto Ley 16/2012. Disponible en www.aes.es.
- Bardají G, Viñas M. (2001). Alcance jurídico del ejercicio de las competencias transferidas. En: López-Casasnovas (dir.) y A. Rico Gómez (coord.). Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías. Bilbao: Fundación BBVA.
- Baumol WJ. Macroeconomics of unbalanced growth: the anatomy of urban crisis. *American Economic Review* 1967; 57 (3): 415-426.
- Beauchamp T, Childress J. (1989). Principles of Biomedical Ethics. 3rd edition. Oxford University Press 1989.
- Beltrán Aguirre JL (2012). Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, N.º. 3, 2012 , págs. 191-207
- Beltrán Aguirre JL. (2002). Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad. *Revista Derecho y Salud*; 10, n.º 1, enero-junio: 15-28.
- Beltrán Aguirre JL. (2007). ¿Sistema nacional de salud o asistencia sanitaria de la seguridad social? *Derecho y Salud*; vol. 15: 27-39.
- Bernal E, Campillo C, González B, Meneu R, Puig-Junoy J, Repullo JR, Urbanos R (2011). La sanidad pública ante la crisis. Recomendaciones para una actuación pública sensata y responsable. Disponible en www.aes.es.
- Cabasés JM (2001). El nuevo modelo de financiación sanitaria. En: González Fidalgo *et al*. Coordinación e incentivos en sanidad. Asociación de Economía de la Salud. Oviedo, 2001.
- Cabasés JM y Freire JM. (2010). Texto inicial para el debate y consenso sobre los temas principales del buen gobierno y sus instrumentos. Consejo Asesor sobre el Código de Buen Gobierno de la Sanidad Pública Vasca.
- Cabasés JM. (2002). La financiación sanitaria en el sistema nacional de salud descentralizado. *Derecho y Salud*; 10: 29-37.
- Consejo de Europa (2010).. Recommendation CM/Rec 6 of the Committee of Ministers to member states on good governance in health systems. (Adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers' Deputies).
- Daniels N, Light D, Caplan RL. Benchmarks of Fairness for Health Care Reform. New York: Oxford University Press 1996.
- Daniels N. (1985). Just Health Care. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Department of Health, Government of UK (2002). Code of Conduct for NHS Managers.
- Fleuerbay M, Maniquet F. (2012). Equality of Opportunity. The Economics of Responsibility,

World Scientific Publishing.

- García Armesto S, Abadía Taira MB, Durán A, Hernández Quevedo C, Bernal Delgado E. España: Análisis del sistema sanitario. *Sistemas sanitarios en transición* 2011; 12 (4): 1-269.

- García Calatayud ML, Relano Toledano JJ (2009). **Private health expenditure - data sources and estimation methods.** Country case study: Spain. Room document presented at the Workshop on Improving the Comparability and Availability of Private Health Expenditures under the System of Health Accounts Framework, 12 June 2009. OECD Conference Centre, Paris, France.

- Gispert R, Barés M de A, Puigdefàbregas A. La mortalidad evitable: lista de consenso para la actualización del indicador en España. *Gac Sanit* 2006; 20 (3): 184-93.

- González López-Valcárcel B, Ortún V. (2010). Putting health in all welfare policies: is it warranted? A Southern European perspective. *J Epidemiol Community Health* 2010; 64: 497-9.

- Gracia D. (1989). *Fundamentos de Bioética*. Madrid: EUDEMA 1989.

- Hartwig J. What drives health care expenditure? Baumol's model of "unbalanced growth" revisited. *Journal of Health Economics* 2008; 27: 603-623.

- Instituto de Información Sanitaria (2010). *Sistema Nacional de Salud de España 2010*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Política Social. Consultado en: <http://www.msps.es/organizacion/sns/libroSNS.htm>.

- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE de 5 de octubre).

- Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto. Boletín Oficial de Navarra de 28 de junio de 2012

- López Fernández LA, Martínez Millán JJ, Fernández Ajuria A, March Cerdá JC, Suess A, Danet Danet A, Prieto Rodríguez MA (2012). ¿Está en peligro la cobertura universal en nuestro Sistema Nacional de Salud? *Gac Sanit* 2012; 26

(4): 298-300.

- Mas-Colell A. (1994). Sobre el carácter obligatorio y universal del seguro de salud. En: López Casanovas G (director). *Análisis Económico de la Sanidad*. Generalitat de Catalunya, Departament de Sanitat y Seguretat Social.

- Mas-Colell A. (1997). La información como factor determinante en la Economía de la Salud. En: Fundación BBV: *La Formación de los Profesionales de la Salud*. Escenarios y factores determinantes. Bilbao.

- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012). *Barómetro Sanitario 2011*.

- Mladovsky PH, Srivastava D, Cylus J, Karanikolos M, Evetovits T, Thompson S, McKee M. (2012). Health policy responses to the financial crisis in Europe. Policy Summary 5. WHO, European Observatory on Health Systems and Policies.

- OECD (2010). *Health care systems: Getting more value for money*, OECD Economics Department Policy Notes, No. 2. Economics.

- OECD (2012). *Base de datos de la OCDE sobre la salud 2012*. España en comparación.

- Oliver A, Cookson R. (2000). Towards multidisciplinary research into health inequalities. *Health economics*; 9 (7): 565-66.

- OMS (2013). ¿Qué es la cobertura sanitaria universal? http://www.who.int/universal_health_coverage/es/

- Organización Mundial de la Salud (2010). *Informe sobre la salud mundial. La financiación de los sistemas de salud*.

- Oriol Llebot J (2012). Los deberes y la responsabilidad de los administradores. En: A Rojo y E Beltrán (directores) y AB Campuzano (coordinadora): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch. Valencia. Capítulo 1. Pp 26-55.

- Parlamento de Navarra, (2011). [Ley Foral 2/2011](#), de 17 de marzo, por la que se establece un código de buen gobierno.

- Puig-Junoy J. ¿Quién teme al copago? El papel

de los precios en nuestras decisiones sanitarias. Barcelona: Los Libros del Lince 2012.

- Rawls J (1971). A theory of Justice. Harvard U. Press. Versión castellana: Teoría de la Justicia. FCE. México, 1978.
- Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.
- Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. BOE martes 24 de abril de 2012.
- Rodríguez M, Puig-Junoy J. (2012). Por qué no hay que temer al copago. Gac Sanit; 26: 78-9.
- Roemer J (1996). Theories of distributive Justice. Cambridge, Masschusetts: Harvard University Press.
- Roemer J (1998). Equality of Opportunity. Cambridge (Mass.). Harvard University Press.
- Ruano A (2011). El conflicto de intereses económicos de las asociaciones profesionales sanitarias con la industria sanitaria. Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS).
- Tornos Más J. (2002). Sistema de Seguridad Social *versus* Sistema Nacional de Salud, Revista de Derecho y Salud; vol. 10, núm.1.

PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LAS ENTIDADES SUBVENCIONADAS O DEPENDIENTES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Luis Ortiz de Urbina Alonso

José García Ibáñez

Letrados de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

ÍNDICE

1. ACTIVIDADES SUBVENCIONADAS.

1.1. Demandas de despido: naturaleza del contrato.

1.2. Reclamaciones de daños a la entidad financiadora por parte de la beneficiaria de la subvención.

2. DESPIDO COLECTIVO, CESIONES ILEGALES, SUCESIÓN Y GRUPOS DE EMPRESAS.

2.1. Extinción derivada de despido colectivo.

2.2. Extinción y cesión ilegal.

2.3. Sucesión de empresas y extinción.

2.4. Grupo de empresas.

Como sabemos, si por algo se ha caracterizado la prestación de servicios públicos en las últimas décadas, y el sector de la sanidad no es una excepción, es en la búsqueda de una mayor eficiencia y un menor coste en la prestación, evidentemente agudizado en estos últimos años por razones obvias.

Pues bien, ello ha dado lugar a realizar cambios organizativos y desarrollar distintas fórmulas de gestión en su ya clásica diferenciación de formas directas e indirectas.

Así, entre las primeras se han creado multitud de formas públicas dotadas de personalidad jurídica

diferenciada como entes públicos, consorcios, fundaciones, organismos autónomos, sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales..., y junto a ellas, las formas indirectas, en las que una Administración, que financia y supervisa la prestación del servicio, establece acuerdos de naturaleza contractual que adoptan la forma de convenios, conciertos, concesiones de obra pública o concesiones administrativas... con entidades privadas de base asociativa, sociedades mercantiles, o bajo la más moderna denominación de colaboración público privada concretada en la concesión de obra pública o concesión administrativa para la gestión integral de los servicios públicos.

Por último, no hay que olvidar, que también se fomentan actividades de interés general a través de subvenciones por parte de las Administraciones sanitarias, tanto a entidades públicas como privadas, no tanto en el ámbito de la prestación de asistencia sanitaria directamente, sino en materia de prevención, drogodependencia, salud mental, investigación, etc.

Esta situación conlleva que las Administraciones sanitarias se vean envueltas, cada vez más, en conflictos jurídicos derivados de las relaciones que establecen con estas entidades subvencionadas o dependientes, colaboradoras de una u otra forma en la gestión del servicio público, y con su propio personal, donde adquiere especial relevancia el personal

laboral, residual en la gestión directa, pero que se convierte en el auténtico protagonista de la gestión indirecta y de las propias actividades subvencionadas. Por ello en esta exposición, vaya por delante, dejaremos al margen al personal funcionario y estatutario, cuyas normas reguladoras constituyen un marco jurídico diferenciado.

Y es en este contexto donde desarrollaremos el presente tema. Por un lado, apuntaremos los problemas jurídicos específicos, que surgen cuando se extingue una relación laboral en el desempeño de una actividad subvencionada, tanto en la entidad contratante como en la financiadora y temas de responsabilidad y por otro, el problema de las cesiones ilegales de trabajadores, los despidos colectivos, sucesión de empresas y grupos empresariales.

1. ACTIVIDADES SUBVENCIONADAS

Nos encontramos en el supuesto en el que una Administración Pública, financia una determinada actividad de interés general, que va a ser gestionada por una entidad, pública o privada, que va a ser, a su vez, la que contrata el personal para llevarla a cabo.

Es decir, un Ayuntamiento beneficiario de una subvención que, en virtud del correspondiente convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma gestiona un centro de atención a drogodependientes, o una fundación o una asociación que en virtud de dicha subvención va a ejecutar programas de investigación, de integración social de determinados enfermos (paraplégicos, síndrome de Down...), etc, etc.

1.1. Demandas de despido: naturaleza del contrato.

En ocasiones, estas entidades recurren a contrataciones indefinidas, pero normalmente la contratación de personal para la realización de estas actividades subvencionadas, se realiza al amparo del art. 15.1.a) del ET, es decir, como contratos de duración determinada de obras o servicios, siendo su naturaleza, por tanto temporal y no indefinida.

Si bien la extinción de estos contratos debería producirse por las causas recogidas en el art. 49.1. b) o c), es decir por causas válidamente consignadas en el contrato o realización de la obra o servicio, no es infrecuente el planteamiento de demandas por despido.

Hay que partir de que estamos ante dos relaciones jurídicas diferentes: la contratación para la realización de una obra o servicio determinado, que constituye una contratación temporal causal, es decir por una de las causas tasadas que recoge el art. 15 del ET y, por otro, la que se da entre la entidad que va a realizar o está realizando la actividad y la Administración financiadora.

Si bien en un principio se admitió por los Tribunales que el contrato de obra o servicios quedara condicionado a la consignación presupuestaria que lo soportara (TS 10-06-94, TS 28-12-98), con posterioridad se superó esa doctrina y se afirma que la existencia de una subvención no es un elemento decisivo y concluyente que demuestre la temporalidad de la obra o servicio.

Así, desde la vigencia del art. 52.e) introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que autoriza la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas *“en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extra-presupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo que se trate.”*

El TS viene manteniendo una reiterada doctrina en relación con la validez de la contratación temporal vinculada a la percepción de una subvención que podemos concretar en los siguientes puntos:

- **Hacer depender la duración de los contratos de trabajo de la persistencia de una subvención de un tercero, necesaria para el funcionamiento de la actividad, no es un acto que pueda considerarse abusivo, en fraude de ley o contrario a Derecho y si susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado.**

Como sabemos, el art. 49 del ET, establece que el contrato de trabajo se extinguirá por las causas consignadas válidamente en el mismo salvo que constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

Estáramos en el supuesto en que el servicio u obra no se extingue por su realización en sí, sino

por la finalización de su financiación, pero, debemos partir de la premisa de que estemos ante un verdadero contrato de naturaleza temporal y no de carácter indefinido.

• **La existencia de una subvención, no constituye un elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal.**

Dicho de otro modo, del carácter anual o periodicidad correspondiente del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian. (STS Sala 4ª de 8-2-2007, 10-11-2009 y 17-01-2011).

Partiendo de la anterior doctrina jurisprudencial, que considera irrelevante el hecho de que la actividad esté sujeta a dotación presupuestaria anual a los efectos de calificar la actividad como permanente o temporal, será preciso atender a la naturaleza y contenido del servicio, que no puede confundirse con la temporalidad de las subvenciones, es decir, lo que se tiene que analizar es si lo pactado se ajusta al tipo legal de contrato de obra o servicio determinado:

- Que la obra o servicio presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad propia de la entidad o empresa.
- Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo sea de duración incierta.
- Que se especifique en el contrato con precisión y claridad.
- Que el trabajador sea normalmente ocupado en dicha obra o servicio y no sea en tareas distintas.

Y todo esto era aplicable tanto a empresas privadas como públicas, e incluso, a las propias Administraciones Públicas (STS Sala 4ª de 21-07-2008).

• **La extinción de la relación laboral por decisión unilateral de la entidad contratante, al perder parte o la totalidad de la subvención, podría llevarse a cabo por causas objetivas.**

Como hemos visto, si la actividad no es excepcional, esporádica, con autonomía y sustantivi-

dad propias, sino que es una actividad permanente, natural, habitual y ordinaria de la entidad contratante (como correspondería a la prestación de un servicio de su propia competencia), la relación laboral no sería temporal (por obra o servicio), sino indefinida, por lo que no sería posible invocar el art. 49.1.c) del ET para justificar la extinción del contrato de trabajo, sino el cauce del despido objetivo recogido en el art. 52.e) del ET, introducido por la Ley 12/2001.

• **La referida doctrina es de aplicación tanto a las Administraciones Públicas como a fundaciones y demás entidades sin ánimo de lucro.**

Así lo especificaba, el art. 52.e) del ET tras la incorporación de este apartado por la Ley 12/2001.

Ahora bien, desde 8 de julio de 2012, en virtud de la reforma operada por la Ley 3/2012, DA 18ª, la insuficiencia de consignación presupuestaria como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo, es aplicable, únicamente, a los contratos indefinidos concertados por entidades sin ánimo de lucro y no a los concertados por las Administraciones Públicas.

Así, dicha Ley, no solo modifica el art. 52.e) del ET retirando la referencia que hacía a “Administraciones Públicas”, sino que añade una Disposición Adicional Vigésima al ET (DA 2ª L 3/2012) en la que proclama que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público conforme al art. 3.1 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por RDLegislativo 3/2011, se efectuará conforme a lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) del ET.

Asimismo, en el caso de las Administraciones Públicas, se entenderá que concurren causas económicas cuando exista una insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para los servicios públicos correspondientes, entendiéndose en todo caso, que dicha insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

El carecer de jurisprudencia, dado el corto espacio de tiempo desde su entrada en vigor, nos impide tener una visión de los efectos de la medida y tampoco la exposición de motivos de la Ley nos aclara nada al respecto.

No obstante, podemos avanzar que, para la Administración, en todas las contrataciones laborales que realice, calificadas de naturaleza indefinida y para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados mediante subvenciones, al no existir ya una causa autónoma de despido objetivo, la inexistencia de consignación presupuestaria no va a ser motivo suficiente que justifique el despido, sino que será necesario justificar, y se investigará, que existen motivaciones o dificultades económicas que motiven el despido al amparo del art. 52.c) del ET (causas económicas).

1.2. Reclamaciones de daños a la entidad financiadora por parte de la beneficiaria de la subvención

La concesión de una subvención, puede dar lugar o no, a la adopción, por parte de las beneficiarias, de una serie de medidas para poner en marcha la actividad subvencionada y dar un fin adecuado al objeto de la subvención, las cuales pueden incluir, por centrarnos en el objeto de la ponencia, la contratación del personal que va a desarrollar la actividad.

Pues bien, lo que queremos plantear aquí, es de que vías dispone la entidad beneficiaria ante el impago o retraso en el pago de una subvención concedida, para reclamar la indemnización por daños y perjuicios a la Administración financiadora.

A efectos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se entiende por “subvención” toda disposición dineraria realizada por las Administraciones Públicas, a favor de personas públicas o privadas cuando cumpla determinados requisitos. Asimismo, el art. 34 de la Ley, dispone que la resolución de la concesión de la subvención conllevará el compromiso del gasto correspondiente.

Con independencia de que se concedan en régimen de concurrencia competitiva o por el procedimiento de concesión directa, a través de los oportunos convenios, una vez concedida genera un derecho a percibirla en el beneficiario que, cumpliendo todos los requisitos exigibles, compromete una serie de recursos al cumplimiento de la actividad subvencionada.

Para empezar, hay que dejar claro que, en principio, la consignación presupuestaria agotada o comprometida para atender otras peticiones prioritarias en el tiempo, el agotamiento del crédito presupes-

tario, en fin, impide que se otorguen o renueven las subvenciones (STS 28-02-1991, STS 22-01-1995, STS 27-07-1995), por lo que estaríamos ante una situación no generadora de responsabilidad.

Pero, debemos distinguir entre lo que se considera una subvención “genérica”, concedida en régimen de concurrencia competitiva, donde es lógico que agotada o comprometida una partida presupuestaria se termine la actividad a subvencionar y el agotamiento del crédito presupuestario determina que se no otorguen o renueven las subvenciones y lo que se considera una subvención “específica” suscrita con base en un convenio.

En este último supuesto, el convenio obliga a los suscribientes a cumplirlo desde el momento de la firma, obligación que conllevaría incluir la correspondiente partida presupuestaria (STSJ Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2001).

En efecto, la normas que rige o regulan los Convenios de Colaboración de las Administraciones Públicas se recogen en los artículos 4 a 9 de la Ley 30/1992, de aplicación supletoria a las Corporaciones locales, que, en cualquier caso, no contienen una regulación exhaustiva de los mismos. Estos instrumentos, por tratarse de un negocio jurídico bilateral entre dos administraciones públicas, celebrado en el ámbito de sus respectivas competencias, se le atribuye naturaleza contractual, siendo aplicable el art. 1258 del CC, que establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde entonces, obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley y junto a este artículo, constituye pilar básico del derecho de obligaciones el art. 1256 CC, que establece que el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. En el mismo sentido hay que destacar el art. 8.2 de la Ley 30/1992 al establecer que “...los convenios de colaboración celebrados obligarán a las Administraciones intervinientes desde el momento de su firma, salvo que en ellos se establezca otra cosa.”

Pues bien, a la vista de lo anterior y siendo claro que el impago de la subvención o, simplemente el incumplimiento de los plazos establecidos para ello, puede generar unos daños o perjuicios que, en no pocas ocasiones, el beneficiario no estaría obligado jurídicamente a soportar, ha de plantearse la posibilidad de resarcirse de dichos perjuicios mediante una reclamación por incumplimiento del correspondiente

convenio o una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la administración financiadora.

1.2.1. Responsabilidad contractual

La obtención de una declaración de derecho a reparación y fijación del importe de una indemnización, a través de la denuncia de incumplimiento del instrumento a través del cual se otorga la subvención, sería una posibilidad contemplada en los arts. 31 y 71.1 de la Ley 29/1998 LJCA (contenido de la pretensión y sentencia).

A efectos expositivos y, siguiendo la doctrina clásica, y diferenciando los efectos de la mora o cumplimiento tardío y el incumplimiento (en este caso retraso en el pago o impago de la subvención), podemos decir que la mora, como cumplimiento tardío, en última instancia, no es sino una modalidad de incumplimiento, incurriendo en mora, conforme el art. 1100 CC, los obligados a alguna cosa desde el momento en que no la cumplen y el acreedor lo exige, siendo aplicable tanto a las personas privadas como a las Administraciones con diferencias en cuanto al nacimiento y sus efectos.

Como sabemos, las Administraciones Públicas son sujetos de derechos y tienen capacidad para contraer obligaciones, por lo que tiene obligación de cumplirlas y en los plazos acordados, incurriendo, en caso contrario, en mora.

Por un lado, la entidad beneficiaria denunciando el incumplimiento del instrumento a través del cual se ha articulado la subvención, pero consistiendo la obligación en una aportación dineraria hay que recordar que si bien el art. 1101 del CC previene la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en mora, el art. 1108 CC, especifica que cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, si no hay pacto en contra, la indemnización por mora va a consistir en el pago de los intereses legales.

En el ámbito administrativo, dejando a salvo normativas específicas (materia tributaria, contratación administrativa, expropiación forzosa), el art. 24 Ley General Presupuestaria establece que *“Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor,*

una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación”.

Por tanto, mediante la reclamación de esta responsabilidad por mora en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad financiadora, incumplimiento “contractual”, la entidad beneficiaria podría verse satisfecha en cuanto al pago con los intereses de demora a título indemnizatorio.

Cuestión distinta debe ser denunciar el incumplimiento, el impago. En este caso, sentencias como la precitada STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2001, nos recuerdan que suscrito un convenio de colaboración entre dos Administraciones Públicas, ambas, desde el momento de su firma quedan vinculadas a realizar la actividad convenida, de tal forma que, si el incumplimiento de una de ellas causa perjuicios a la otra parte subscriptora del Convenio, está obligada a repararlos, siempre y cuando haya cumplido con sus obligaciones.

En definitiva, se sienta como doctrina la misma que consta en el art. 1124 del CC cuando establece que *“El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”*

1.2.2. Responsabilidad Patrimonial

En primer lugar, tenemos que partir de que, si bien a través del instituto de responsabilidad patrimonial, podemos alcanzar la reparación de los daños y perjuicios causados por no haberse hecho efectiva la financiación de la actividad al igual que en el procedimiento anterior, a diferencia del mismo, esta vía no es adecuada para exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por parte de la administración financiadora, sino tan solo para resarcir el daño derivado de tal incumplimiento.

Como sabemos, el fundamento legal de esta institución lo tenemos en los arts. 106.2 CE y 139.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La jurisprudencia, por su parte, ha venido decla-

rando que, para apreciar dicha responsabilidad por parte de una Administración, son precisos una serie de requisitos, que podemos resumir en:

- Efectividad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que alteren el nexo causal.
- Que no concurra fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.
- Que la acción se ejercite dentro del plazo de un año desde el hecho que motivó la indemnización.

Desde esta perspectiva, la primera pregunta que debemos hacernos es si la morosidad o retraso en el pago de la subvención, es un supuesto de responsabilidad y, parece claro, que sí. No solo el impago, sino la mora constituiría un funcionamiento anormal de la Administración que, si es generador de daños, deben ser susceptibles de ser indemnizados.

Bajo esta premisa, y desde un punto de vista subjetivo, el primer elemento a analizar será si una Administración, la beneficiaria de la subvención, ostenta **legitimación activa** para reclamar ante la Administración financiadora que incumple su obligación y que avoca (o no) a la primera a extinguir las relaciones laborales establecidas para la ejecución de la actividad subvencionada.

Tanto el rt. 106 CE como el art. 139 LRJPAC, contempla como sujetos protegidos a “los particulares”, lo que, en principio excluiría a una Administración Pública. No obstante, tenemos que partir de que el Tribunal Constitucional, de forma reiterada, se ha pronunciado respecto a que las Administraciones Públicas también gozan del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras SSTC 129/1995 y 123/1996).

Así, respecto a la consideración de las Administraciones Públicas como particulares a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración y el Tribunal Supremo, desde una interpretación integradora, reconoce que, para el caso de producirse una

lesión antijurídica en el patrimonio de una Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos de otra, no existe una norma por la que la persona de derecho público lesionada pueda exigir de la Administración causante del daño su resarcimiento coactivo y, ante ese vacío del ordenamiento jurídico o laguna legal, los Tribunales han de subsanar dicha laguna, correspondiendo a la jurisprudencia, en su función complementaria del ordenamiento jurídico rellenarla, siendo la analogía uno de los instrumentos en virtud del art. 4.1 del CC. (STS de 24 de febrero y 14 de octubre de 1994, 2 de julio de 1998).

Igualmente, pese a alguna reticencia inicial en que se opuso a que las Administraciones cupieran en el término “particulares”, estimando que no era adecuada esta vía de reclamación (Dictamen de 18 de julio de 1985), el Consejo de Estado, se ha manifestado en el sentido de que las Administraciones Públicas pueden considerarse incluidas en el concepto de “particulares” cuando resulta clara su personalidad jurídica y la titularidad de un patrimonio separado en el que residenciar el daño (Dictámenes 1498/93, 42/94, 3142/96).

Por tanto, nada impide que una Administración beneficiaria de una subvención, generalmente Ayuntamientos, puedan reclamar a la Administración financiadora, responsabilidad por los daños que le origina el impago o la mora de una subvención ya concedida.

Llegados hasta aquí, ya desde un punto de vista objetivo, hemos de plantearnos qué **daños** pueden originar a la Administración contratante la extinción de las relaciones laborales originadas con ocasión de la ejecución de la actividad subvencionada, lo cual no ha de ser especialmente controvertido.

Así, partiendo de los ya conocidos criterios jurisprudenciales al respecto, tales como que el daño alegado debe ser efectivo (actual, no potencial), evaluable económicamente (cuantificable) e individualizado (con relación a una persona o grupo de personas), podríamos concretar el daño causado a la entidad beneficiaria, en el desembolso total realizado en contrataciones laborales como consecuencia de la actividad subvencionada que se comprometió a realizar y otra Administración no llegó a financiar, lo que incluiría los salarios abonados mientras la relación laboral se mantuvo vigente (y no se subvencionó) las cotizaciones a la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a ceses y despidos, siendo más discutible que proceda incluir, como veremos al

analizar la relación de causalidad, indemnizaciones y salarios de tramitación para el caso de despidos nulos o improcedentes si se opta por la readmisión o son miembros del comité de empresa o representantes de los trabajadores (a partir de la reforma laboral operada por el RD Ley 3/2012).

No obstante, para valorar las posibilidades de prosperar una reclamación patrimonial por estos motivos, quizá el elemento esencial sería el análisis de la **relación de causalidad**, no solo en su sentido estricto (cuestión de hecho) sino en su vertiente jurídica, es decir los criterios de imputación objetiva, en este caso la atribución de los hechos a la Administración financiadora (imputabilidad).

Debe existir una relación causa-efecto entre el impago de la subvención, o retraso en el mismo y la extinción de las relaciones laborales establecidas por la entidad beneficiaria con ocasión de ejecutar la actividad subvencionada, y estos hechos, como hemos dicho, deben ser atribuibles, a la Administración financiadora, teniendo en cuenta que, si bien el nexo causal ha de ser directo, exclusivo e inmediato, como hemos adelantado, también se admite la concurrencia de culpas, lo que conlleva la moderación del quantum indemnizatorio.

Esta relación causa-efecto es clara cuando la subvención está otorgada para la finalidad concreta de contratar un número determinado de trabajadores: los trabajadores son contratados por la entidad beneficiaria y, no haciéndose efectiva la subvención, es causa única y directa del despido.

Ahora bien, no siempre estamos ante un supuesto tan claro. En la mayoría de los casos se subvenciona una actividad (una línea de investigación, programas de integración social, de información y asesoramiento socio-sanitario a los ciudadanos de una determinada zona, de prevención, construcción de centros sanitarios...).

En estos casos habrá que valorar si estamos ante una actividad ordinaria de la entidad beneficiaria que va a continuar con o sin subvención o si goza de otras fuentes de financiación y, por tanto, el impago de la subvención no es causa única y directa de los ceses o despidos (argumentos expuestos, entre otras, en STSJ Castilla-León de 25 de febrero de 2003). Así, por citar unos ejemplos, el impago de la subvención concedida a una asociación como la Cruz Roja, la Asociación Española contra el Cáncer o la Fundación Alzheimer España, que desarrollan su actividad or-

dinaria con múltiples fuentes de financiación sin depender de una de ellas en concreto.

En el caso de Administraciones Públicas tenemos un claro ejemplo en el caso de los Ayuntamientos, que gozan de su propio presupuesto y además, a través de los oportunos convenios, son receptores de múltiples subvenciones para realizar diversas actividades en colaboración con las Comunidades Autónomas. Dichas actividades, a veces salen fuera de la esfera de sus actividades ordinarias, pero otras veces entran dentro de sus propias competencias y se siguen ejerciendo a pesar de no hacerse efectiva la subvención. En este sentido, recordar que el artículo 25 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye competencias a los Municipios en materia de participación en la gestión de atención primaria de la salud y prestación de servicios sociales, promoción y reinserción social.

Por tanto, en estos supuestos, habrá que estar al caso concreto y a los propios instrumentos de colaboración para valorar si existe verdadera relación de causalidad en los términos exigidos por la jurisprudencia.

Por último, en relación con el nexo causal, habrá que tener en cuenta como influye en el mismo la propia actividad de la entidad beneficiaria respecto a las contrataciones realizadas. Parece claro que ante un despido declarado nulo o improcedente, difícilmente será atribuible a la entidad financiadora no contratante, las indemnizaciones o abono de salarios de tramitación, responsabilidad única de la negligente conducta de la entidad contratante, que realizó una forma de contratación no adecuada a la verdadera naturaleza de la actividad o realizó un despido que no se ajustaba a la legalidad.

2. DESPIDO COLECTIVO, CESIONES ILEGALES, SUCESIÓN Y GRUPOS DE EMPRESAS

La extinción de las prestaciones de servicios acontecidas en el seno de las diversas personas jurídicas existentes, como entes subvencionados o dependientes de la Administración sanitaria, es un fenómeno de tremenda importancia, no ya sólo desde un punto de vista cuantitativo sino sobre todo, en lo que aquí más interesa, desde una perspectiva cualitativa o de diferente régimen jurídico.

La coexistencia de personificaciones públicas o

privadas, como sujetos que organizan y atienden la prestación sanitaria y la naturaleza del vínculo de la prestación, ya sea funcionarial, estatutario o laboral, significan, qué duda cabe dicha extinción. Dado que nos encontramos ante entes subvencionados o dependientes, el régimen jurídico de la prestación será, en la gran mayoría de los casos, laboral (la prestación por personal funcionario y estatutario se realizará, en la inmensidad de supuestos, no a través de entidades subvencionadas o dependientes, sino de forma directa).

En atención a dicha condición laboral, el régimen de extinción del contrato es el común a la legislación laboral, atemperado eso sí, por la importante particularidad relativa de poder ser, también, el empleador un ente público.

Se pueden establecer múltiples puntos de estudio en la incidencia de dichas extinciones. Ahora bien, quizás por su importancia, la limitación temporal de esta pequeña exposición y sobre todo por su relevancia práctica, creo que sería conveniente tratar (dado que el despido objetivo -con su importante particularidad establecida en la letra e del artículo 52- ha sido estudiado de forma independiente) el despido colectivo en las Administraciones Públicas, así como ciertos aspectos de la cesión ilegal de trabajadores, sucesión de empresas y una referencia a la doctrina del grupo de empresas.

2.1. Extinción derivada de despido colectivo

La Disposición Adicional Segunda del Real Decreto Ley 3/2012, añade una disposición adicional 20 al Estatuto de los Trabajadores, que tiene por finalidad la de facilitar la posibilidad de efectuar despidos colectivos en la administración Pública. En concreto dispone lo siguiente:

“El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos o entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las

Administraciones Públicas”.

El ámbito subjetivo de aplicación es el “personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”, es decir, el personal fijo, indefinido y temporal.

En cuanto al ámbito de aplicación, la Disposición Adicional Segunda remite al artículo 3.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, entre el conjunto de entes y organismos que conforman en términos amplios la Administración Pública, se encuentran las entidades públicas empresariales con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto público o dependiente del mismo, incluyendo aquéllas que con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

En relación con primera cuestión -posibilidad de efectuar despidos colectivos del personal laboral en el ámbito de la administración pública en general- debemos manifestar, que existen ya numerosos pronunciamientos de las Salas de Tribunales Superiores de Justicia y, en concreto, de esta Sala que avalan la plena aplicabilidad de los artículos 51 y 52 al personal laboral de las administraciones públicas con anterioridad a la vigencia de la citada Disposición Adicional Segunda por las siguientes razones: a) es evidente que cuando la administración pública actúa sujeta al derecho del trabajo queda sometida a él en su integridad, sin perjuicio de la modalización que quepa establecer, y por ello, también resultan de aplicación los arts. 51 y 52 ET (STSJC, entre otras, de 10.12.03) y 27.09.11); b) no cabe desconocer que la Administración, por imperativo legal, ha de adecuar su actuación a criterios de eficacia -así se señala expresamente en el artículo 103 de la Constitución Española y 3.1 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, por lo que estando en juego unos fondos públicos obtenidos de los contribuyentes, la obligación de quien los administra es hacerlo de la manera más eficiente para el cumplimiento de los fines encomendados, siempre con la vista puesta en el interés general (STSJA de 09.05.97). Finalmente, tampoco puede oponerse a la aplicación de los mencionados preceptos estatutarios, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) pues la inamovilidad que proclama solo se predica de los funcionarios públicos.

Ahora bien, lo que queda fuera de toda duda, es que, en atención a la actual coyuntura económica, con el fin de corregir las estructuras de las administraciones públicas y sus empresas - sobredimensionadas en términos de plantilla- éstas están ahora legitimadas de manera diáfana para recurrir a la extinción de los contratos de trabajo del personal laboral a su servicio ex artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores por causas económicas, organizativas y productivas, sin perjuicio de adoptar todas aquellas medidas de ajuste que también han de contribuir a la aplicación de ésta según se dejó dicho más arriba. Creemos con un sector de la doctrina que, en la medida que no se incorpora la última causa, ésta debe considerarse suprimida en virtud de la imposibilidad de que la definición de la causa productiva pueda tener virtualidad en la esencia del actuar administrativo. No obstante lo anterior, la doctrina se encuentra dividida sobre tal cuestión.

No obstante lo anterior, un sector doctrinal mantiene que pese a la concurrencia de las causas que instituye el actual artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores debe concurrir, asimismo, una conexión de funcionalidad entre la extinción acordada y la superación de la situación negativa económica o presupuestaria que impida la consecución en la prestación del servicio público. Y así, lo que era predicable para la Administración pública se predica ahora, igualmente, respecto de la empresa privada. En este sentido la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21.11.12 (autos 4756/2012), que razona del siguiente modo:

“Sin embargo, la modificación legal no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo, que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

Así pues, la justificación del despido económico o productivo exigirá la superación de tres fases por las empresas:

- a) Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado.
- b) Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir.
- c) Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad.

Por consiguiente, la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. - Por el contrario, deberá acreditarse que el despido es procedente para corregir desajustes en la plantilla, lo que obligará a demostrar que los contratos, cuya extinción se pretende, han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva.

La prueba, exigida al empresario, requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.

El RD 1483/2012 ha venido a aportar elementos para completar esta delimitación de las causas económicas para los despidos colectivos. Aquí comenzamos a notar la diferente regulación según el tipo de entidad pública de que se trate. Para los entes, organismos y entidades que, formando parte del sector público no tengan la consideración de Administraciones Públicas les resultará aplicable la definición general de las causas económicas prevista para los empleadores privados, y que aparece recogida en el

artículo 1.2 del RD, sin aportar nada a la definición ya recogida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

La única especialidad la encontramos en el apartado 3 del artículo 34 del RD 1483, en el que se dispone que “en los procedimientos contemplados en este apartado, y por lo que afecta a la documentación mencionada en el artículo 3.1 de este Reglamento, los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior deberán indicar, además, la relación de las causas del despido con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere”.

Para las Administraciones Públicas se recoge una definición propia, dentro del Capítulo II del Título III que les es de aplicación exclusiva, en los siguientes términos “3. A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiendo como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. (...)”

Siguiendo con el análisis de las causas de despido objetivo en el sector público, el artículo 35.2 del RD 1483/2012: “se entenderá que concurren (...) causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.”

Las siguientes causas a analizar son las técnicas. En el artículo 35.2 del RD 1483/2012: “Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate”.

En relación con el último tipo de causas que en nuestro ordenamiento justifican una extinción del contrato de trabajo, las productivas, el único referente que tenemos es el artículo 51 ET, que al respecto afirma que “se entiende que concurren (...)”

causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar al mercado.”; en idénticos términos se pronuncia el artículo 1.2 del RD 1483/2012. La Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores no establece nada al respecto.

Un aspecto muy importante, que la Jurisprudencia ha interpretado en sentido restrictivo y protector de los trabajadores, es la necesidad de que la negociación del despido colectivo se lleva a cabo conforme a las exigencias de la buena fe. Se trata éste de un concepto jurídico indeterminado de difícil control, y que en una interpretación amplia puede determinar la nulidad, como efectivamente está ocurriendo, de muchos despidos colectivos y todo ello con independencia de que concurra o no la causa legal para el despido colectivo. Probablemente las nuevas reformas laborales incidan en este aspecto a los efectos de concretar lo que debe entenderse por buena fe en la negociación.

2.2. Extinción y cesión ilegal

La institución jurídica de la cesión ilegal de trabajadores es un fenómeno de importantísimas consecuencias prácticas en orden a la determinación de la responsabilidad empresarial respecto de la empleadora con el trabajador despedido, que conllevan una consabida responsabilidad solidaria y posibilidad de opción del empleado despedido de acceder como personal laboral de forma indefinida no fija a un ente público.

A partir de STS 19-1-1994 es doctrina jurisprudencial reiterada que para excluir la calificación de cesión ilegal de trabajadores no basta con la presencia de un empresario real en una relación de encargo de obras o servicios por parte de una empresa principal, sino que es necesario que el empresario real al que se encargan o subcontratan obras o servicios no se limite a “suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial” (STS 17-12-2010 y las en ella citadas).

La puesta a contribución o puesta en juego de la propia empresa a la que se hace el encargo o subcontrata se manifiesta en diversos indicios, relativos a la selección de los trabajadores contratados, o a la asunción del riesgo de empresa en las tareas asumidas, o al desarrollo de las potestades propias de la gestión

de los recursos humanos, o a la provisión de los medios técnicos y organizativos exigidos en la realización de las obras o servicios contratados.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido trasplantada al ordenamiento legal en la reforma introducida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que califica expresamente de “cesión ilegal” el supuesto en el que “el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria”

En efecto, Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores establece: 1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Y como ha manifestado este Tribunal en sentencias de 23-11-04 R. 4691/04, “el elemento esencial que caracteriza el fenómeno interpositorio es la intromisión de un titular ficticio entre los titulares reales de la relación, con la consiguiente usurpación por parte del primero de la posición jurídica correspondiente a uno de los segundos. En concreto, el contrato de trabajo se configura en la interposición con un empresario aparente, que contrata formalmente con los trabajadores, pero éstos prestan sus servicios a otra persona que es el empresario real, la cual no aparece como sujeto de las respectivas relaciones jurídicas.

Las funciones que la interposición persigue en el contrato de trabajo pueden ser también múltiples, desde la elusión de las responsabilidades empresariales por parte del que utiliza los servicios de los trabajadores sin figurar como empleador, hasta la evitación de que la plantilla de este último llegue a un determinado número de trabajadores, pasando por

la aplicación a los trabajadores afectados de normas sectoriales diferentes, probablemente menos gravosas para el empresario que se beneficia de la aportación laboral.

Pero en todo caso con la interposición indubitablemente se pretende que las obligaciones y derechos correspondientes al sujeto empleador queden atribuidos a un titular ficticio, que no es el que recibe y utiliza los servicios de los trabajadores, con elusión por tanto del que efectivamente sí lo hace. Se da con ello en esta operación un elemento de ocultación que aproxima la figura a la simulación negocial; es claro que en la interposición se simula un sujeto que no es el verdadero, aunque la coincidencia se detiene aquí, puesto que en la simulación negocial el elemento engañoso afecta a la entera estructura del negocio a través de la ficción de su causa, mientras que en la interposición sólo es afectado el elemento subjetivo, permaneciendo sin alteración la naturaleza del contrato. En esta situación calificada por la doctrina como triangular o tripolar, próxima a las que en los negocios patrimoniales civiles se han identificado como realizados por persona interpuesta, se puede advertir un segundo elemento esencial, constituido por el negocio concluido entre el titular ficticio y el titular real que se pretende ocultar. Este otro negocio, que puede adoptar varias modalidades, posee en todo caso el rasgo común de proveer de una apariencia jurídica lícita el hecho de la intromisión personal en el contrato de trabajo”.

A lo que añadir la exigencia de que la operación de interposición conlleve un propósito especulativo en sentido propio y directo, que normalmente ha venido requiriendo la jurisprudencia, siquiera en algún concreto supuesto antigua doctrina haya prescindido de tal elemento adicional.

En palabras de la STS 17/01/02, lo que contempla el art. 43 ET es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal

y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan de terminadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo -cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real- o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

Al tratar de las características del ilícito mecanismo interpositorio, la jurisprudencia destaca que la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante a tales efectos consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia. Y aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas. Por ello se afirma que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio.

Tal doctrina ha de ser puesta en relación con los datos de hecho que normalmente llevan a los Tribunales a declarar, ya sea en autónomamente en acción declarativa ya en impugnación de un despido, la cesión ilegal, con la condena solidaria y posibilidad de considerarse al afectado por la medida como personal indefinido en la entidad cedente o cesionaria, a su elección.

Tales hechos son como digo si el demandante prestaba servicios continuados en las dependencias y sede de la Administración codemandada, si se ha utilizado los medios y materiales tales como locales,

soporte informático, etc., sin ninguna distinción que lo diferenciase de los demás funcionarios del departamento. Si se presta sus servicios junto con los funcionarios, con su mismo horario de trabajo. Las vacaciones y permisos, su control y autorización dependen del Jefe del Departamento del Servicio si bien las comunicaba a la empresa contratista de que depende el trabajador. El trabajo se realiza bajo la organización y dependencia técnica del Jefe de Departamento del citado Servicio. No se ha acreditado que ningún mando superior o intermedio de la empresa cedente a la que pertenece le impartiese instrucciones técnicas o incluso organizativas.

En tales casos estaría inmerso en el círculo organizativo de la Administración con evidente cesión ilegal.

En otro orden de cosas, debe citarse aquí, aunque sólo sea de forma tangencial, la necesidad de accionar frente al cedente cuando aún está vigente la relación laboral. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal, y si bien es cierto que ello no supone obstáculo alguno para reclamar las consecuencias derivadas de una cesión ilegal cuando se produce un despido, no es menos cierto que sólo podrá alcanzarse esta meta si la cesión ilegal subsiste en el momento de producirse el referido despido.

Por lo expuesto, cuando el cese se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, no puede prosperar la acción de cesión y por ello no pueden en modo alguno reconocerse las consecuencias derivadas de la cesión ilegal de trabajadores, sin perjuicio de que el despido pueda invalidarse por causa diferente, pero no sobre la base de una pretendida cesión ilegal de trabajadores.

2.3. Sucesión de empresas y extinción

La eliminación de entidades administrativas instrumentales, la vuelta a la prestación directa de actividades previamente descentralizadas a favor de empresarios contratistas o concesionarios, a quienes se había recurrido con cierta frecuencia para la cobertura de diferentes finalidades como la ayuda a domicilio, cuidado de discapacitados, tratamientos de expedientes, entre otros muchos, conlleva que surja la duda sobre si los concretos trabajadores afectados por dichas medidas pudieran tener derecho a integrarse en el nuevo modelo de Administración que asuma la prestación del servicio. El supuesto dicho es el del

artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se establece la denominada “sucesión de empresas”, por la que se impone a aquel empresario que pasa a ser titular de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma la obligada subrogación en la posición de empleador en los contratos de trabajo (con todo su haz de derechos y obligaciones) de los empleados que prestan servicios en dicha empresa, centro o unidad productiva por cuenta de su anterior titular. Y esta subrogación opera “ope legis”, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes, por lo que, una vez producida, el nuevo titular adquiere la condición de empleador y lo deja de ser el anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a este último en relación con las deudas preexistentes a la sucesión durante el plazo de tres años.

La configuración de la institución de la sucesión laboral en el Derecho del Trabajo español siguió el ejemplo paradigmático de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuyo artículo 3.1 habló por primera vez en nuestro Derecho positivo de las “unidades patrimoniales con vida propia, susceptibles de ser inmediatamente explotadas”, entendidas como un haz de derechos y obligaciones de valor constituido unitariamente de forma orgánica, que no es equivalente a la mera suma o yuxtaposición de sus componentes y es capaz de actuar no sólo como objeto, sino en ocasiones como sujeto de relaciones jurídicas. Se trata de un concepto inspirado en la figura clásica de la herencia yacente, un patrimonio con vida propia. Esta concepción sirvió igualmente de pauta interpretativa para el artículo 72 de la Ley General Tributaria y de ahí pasó al ordenamiento de Seguridad Social con idénticos fines de garantía del cumplimiento de las obligaciones, incorporándose en el artículo 97.2 del texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social bajo la forma de responsabilidad solidaria por las deudas de Seguridad Social en los casos de “sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio”, configurando la sucesión sobre el ejemplo de la tradicional sucesión mortis causa, de carácter universal (in universum ius). Tal concepción, una vez incorporada en la normativa de Seguridad Social, sin duda ha inspirado la interpretación de las disposiciones del Derecho del Trabajo, definiéndose la sucesión de empresas de forma semejante a partir del artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales, fuente directa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Esta concepción civilista ha impregnado la interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que finalmente ha venido siendo interpretado que el supuesto de hecho contemplado en dicha norma exige una transmisión patrimonial entre los suce-

sivos empleadores, de forma que a falta de la misma no podrían operar las disposiciones del artículo 44.

Pero esta interpretación de la norma por sus antecedentes históricos no es ajustada a la obligada interpretación conforme al Derecho comunitario europeo y, en concreto, a la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, sustituida posteriormente por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23/CE, de 12 marzo 2001, que es la aplicable al caso. Hay que tener en cuenta además que las dudas sobre la incorporación de estas Directivas al Derecho español han quedado resueltas por cuanto el texto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores fue modificado por el artículo 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, para adaptarlo al texto de la Directiva 98/50/CEE y que la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 27 de octubre de 2004, ha establecido que el contenido de las Directivas comunitarias citadas y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han de ser los parámetros de interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por imperativo de las obligaciones asumidas por España en el marco de la Unión Europea.

En definitiva, la interpretación de la normativa nacional ha de ser conforme a las disposiciones del Derecho comunitario en la medida en que no exista entre ambas una contradicción clara e insoluble. Y la Directiva 2001/23/CE, en la interpretación dada a la misma por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se fundamenta no en el concepto de transmisión patrimonial, sino de continuidad de “empresa, centro de actividad o parte del centro de actividad” en cuanto actividad productiva identificable como organización con sustantividad propia, lo que en definitiva supone retomar los orígenes remotos de la figura en el Derecho español anteriores a la reinterpretación sucesoria, esto es, el artículo 90 de la Ley de 21 de noviembre de 1931, de contrato de trabajo, y muy especialmente lo establecido en la Orden de 16 de julio de 1932, dictada en interpretación de dicho artículo:

“No existe diversidad de contratos cuando no ha habido solución de continuidad en la prestación de servicios por parte del demandante en el mismo establecimiento, aun cuando éste haya

sido regido por varias personas naturales o jurídicas, pues ello no supone extinción del primitivo contrato concertado por el reclamante, toda vez que tal motivo no cancela el empeño concertado, con lo cual se tiende a remunerar la continuidad del trabajo, con independencia de los cambios de dueño que pueda tener el establecimiento, y a considerar las obligaciones originadas en el contrato como una carga del negocio, que pudiera llamarse real, si bien no tenga esa apariencia jurídica”.

Consecuencia de todo lo anterior es que la subrogación contractual ope legis determinada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 77/187 /CEE opera también en determinados supuestos en los que no existe transmisión de un patrimonio entre las dos empresas y, en concreto:

a) La circunstancia de que la propiedad de los activos necesarios para la explotación de la empresa no haya sido transmitida al nuevo empresario no constituye un obstáculo para que exista una transmisión relevante a efectos de la Directiva, esto es, el hecho de que no haya tenido lugar ninguna transmisión de activos no tiene carácter determinante. Así lo establecen las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, de 10 de febrero de 1988, *Tellerup*, llamada “*Daddy’s Dance Hall*”, de 12 de noviembre de 1992, *Watson Rask y Christensen*, de 5 de diciembre de 1999, *Allen*, de 20 de noviembre de 2003, *Abler* y de 15 de diciembre de 2005, *Güney-Görres*.

b) El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de la Directiva es si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, *Spijkers* y de 11 de marzo de 1997, *Süzen*). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*). Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de

las Comunidades Europeas *Süzen*, antes citada).

c) Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente.

d) La inexistencia de un vínculo contractual directo entre el cedente y el cesionario no reviste una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva, indicio que ha de valorarse junto con los demás elementos concurrentes en el caso (véanse, en este sentido, las sentencias, *Süzen*, antes citada, y la de 10 de diciembre de 1998, *Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96). En este sentido pueden considerarse como cesiones contractuales, en el sentido del artículo 1.1.a de la Directiva 2001/23/CE, por ejemplo, la asunción por la Administración de una actividad que antes desempeñaba una entidad privada a través de subvenciones concedidas por la propia Administración (sentencia de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*), la asunción de facto por la Administración de la actividad antes desarrollada por una entidad sin ánimo de lucro (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 septiembre 2000, *Mayeur*), la recuperación por el propietario de la explotación de la empresa cedida en arrendamiento (sentencias de 17 de diciembre de 1987, *Ny MØlle Kro*, y de 5 mayo de 1988, *Berg*), la rescisión del contrato de arrendamiento de un establecimiento por su propietario para la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento con un nuevo cesionario (sentencia de 10 de febrero de 1988, *Tellerup*, llamada «*Daddy’s Dance Hall*»), el cambio del contratista que realiza

una determinada actividad para la empresa principal, siempre que el nuevo contratista asuma el establecimiento cumpliéndose los requisitos de identidad exigibles, aún cuando la titularidad de los medios materiales con que cuenta para la prestación del servicio corresponde a la empresa principal (sentencia de 2 de diciembre de 1999, Allen, C-234/1998) y, muy especialmente en relación con el supuesto de que aquí se trata, la situación en la cual una entidad contratante, que había encomendado mediante contrato la gestión completa de la restauración colectiva dentro de un hospital a un primer empresario, pone fin al citado contrato y celebra, para la realización de la misma prestación, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando el segundo empresario utilice importantes elementos de activos materiales utilizados anteriormente por el primer empresario y puestos a su disposición después por la entidad contratante (sentencia de 20 de noviembre de 2003, Abler, C-340/2001).

e) La Directiva sobre traspasos de empresas es de aplicación en los casos en los que una entidad que presta servicios públicos, gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado, es transmitida a título oneroso en régimen de concesión administrativa, por decisión de los poderes públicos, a una sociedad de Derecho privado (Sentencia de 14 de septiembre de 2000 en el asunto C-343/98, Collino y Chiappero c. Telecom Italia SpA). A la inversa, las Administraciones Públicas no están tampoco exentas de la obligación de asumir a los trabajadores de otras empresas, incluso cuando se trate de asociaciones sin ánimo de lucro, en el caso de que concurran los elementos aplicables con carácter general, en aquellos casos en que la propia Administración pasa a ejercer de forma directa los servicios que antes desempeñaban esas empresas, incluso cuando dichas entidades operasen sin un vínculo contractual directo con la Administración (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 septiembre 2000, Mayeur, en el asunto C-175/1999). No obstante, para determinar la existencia de sucesión, es preciso que concurran los elementos determinantes de la misma valorados en su conjunto, sin que la mera transmisión de competencias o funciones de un sujeto a otro sea determinante por sí solo, si bien constituye un elemento más a tomar en consideración (sentencia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/1991).

f) La transmisión al cesionario de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión de la empresa es automática y la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores (sentencias de 11 julio 1985, Mikkelsen, asunto C-105/84, de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros, C-362/89 y de 24 de enero de 2002, Temco Service Industries, en el asunto C-51/2000).

La conclusión que resulta de todo ello es que, para determinar si ha existido o no sucesión, no es determinante si ha existido un negocio jurídico entre ambas empresas o si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales organizados, sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable, a cuyos efectos la transmisión de medios materiales es un elemento más a tener en cuenta, pero no el único.

2.4. Grupo de empresas

El Tribunal Supremo viene manteniendo una línea uniforme y clara en orden a la exigencia de los elementos y requisitos que se han de cumplir para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias relevantes en relación con los contratos de trabajo y las responsabilidades laborales de las diferentes empresas que lo componen; siendo la consecuencia más destacable a este respecto la que supone la extensión de la responsabilidad solidaria a todas esas empresas que integran el grupo. Las sentencias que han consolidado esta doctrina son fundamentalmente las de 30 de enero, y 9 de mayo de 1990, 30 de junio de 1993, 26 de enero de 1998, 21 de diciembre del 2000, 26 de septiembre el 2001 y 23 de enero del 2002, entre otras. El contenido de la doctrina que se mantiene en estas sentencias queda perfectamente reflejado en lo que expresa la citada sentencia de 26 de enero de 1998, en la que se manifiesta: “El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia. Así ya se afirmó que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores,

sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales” (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1.990 y 30 de junio de 1.993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993, “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1.981 y 8 de octubre de 1.987). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 y 7 de diciembre de 1.987). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1.985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1.988, 12 de julio de 1.988 y 1 de julio de 1.989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993). Y todo ello teniendo en cuenta que “salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores “ (SS. de 26 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993 que, expresamente, la invoca)”.

Difícil será la existencia de la doctrina del grupo de empresas en los casos en los que las empresas sean Administraciones Públicas, pues la relación de dependencia orgánica y jerárquica imperante entre los órganos administrativos la excluye. No lo será tanto, sin embargo, entre una administración y una empresa pública de carácter privado, en la medida que si se constituye esta última como medio de artificio o fraude para eludir las responsabilidades sociales, no es, en absoluto, impensable la aplicación de esta doctrina, con la condena solidaria de todas las personificaciones jurídicas.

ÉTICA DE LA ABOGACÍA: DE LA CONFIANZA A LA INDEPENDENCIA

APUNTES PARA UNA TEORÍA GENERAL DE LA ÉTICA JURÍDICA

Rafael Del Rosal Garcial
Colegio de Abogados de Madrid

ÍNDICE

1. LA ÉTICA.
2. LA INDEPENDENCIA.
3. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA.
4. HACIA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y SUS ELEMENTOS SUSTANCIALES. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES: UN CASO PARADIGMÁTICO. EL CICLO DE LA ÉTICA JURÍDICA.
5. LOS COLEGIOS PROFESIONALES: DOBLE GARANTÍA DE UNA OFERTA INSOSLAYABLE DE ÉTICA RESPONSABLE Y UNA NECESIDAD IRRENUNCIABLE DE INDEPENDENCIA DE LA ECONOMÍA Y LA FUNCIÓN PROFESIONAL. SU NATURALEZA JURÍDICA COMO INSTITUCIONES PACCIONADAS DE UN SISTEMA JURÍDICO REGULADOR DE LA COMPETENCIA, PROPIO DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES.

1. LA ÉTICA

Si existe algo que llama poderosamente la atención en las sociedades avanzadas es el fracaso del derecho común como referente regulatorio de las relaciones económicas. Pues cada vez con más in-

sistencia se empieza a poner de manifiesto que su necesidad como sistema va indisolublemente ligada a su insuficiencia como contenido. Insuficiencia que radica, según entiendo y vengo manteniendo, en sus contenidos morales difusos.

Nadie negará que existiendo el Código Penal y el Código Civil, la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad, cuando estalla un escándalo en la Bolsa como los que ahora contemplamos con tan dramática nitidez o en los mercados alimentarios, sanitarios, societarios o industriales de todo tipo, resulta significativo que todos los gobernantes y autoridades regulatorias irruman en la escena pública mediática prometiendo de inmediato una regulación ética para dicho mercado o ámbito económico de producción o de intercambio. No ofrecen, ni prometen, ni reivindican más derecho común o *solo* más derecho común. Ofrecen un nuevo derecho de garantías que va más allá del derecho común. Ofrecen ética hecha derecho en estado puro o regulaciones de conductas éticas codificadas. Un derecho no común sino especial cuyo contenido moral no es ya difuso sino concreto, específico, *comportamental*.

Tampoco escapará a nadie que la oferta de regulaciones éticas no constituye ya, ni tampoco, patrimonio exclusivo de la dinámica del ejercicio del poder público y de las autoridades en coyuntura de escándalos o crisis sociales de confianza específicos, sino un adelanto general a cuenta de todas las actividades económicas. Todo el mundo ofrece ética en su actividad, como regulación de garantía de su conduc-

ta más allá del derecho común. Lo primero que hace cualquier agente económico, del tipo que sea, incluso antes de ofrecer la calidad de sus productos o lo inmejorable de sus condiciones económicas, es mostrar o enseñar públicamente el código ético al que vienen sometidos sus Consejos de Administración, sus cuadros dirigentes, sus técnicos y sus trabajadores. Ya hay hasta banca ética y la palabra ética es talismán en nombres comerciales de toda índole. De suerte que la ética está empezando a convertirse en el paradigma identitario integrador de las relaciones económicas a escala planetaria. Y, más aún, incluso de las relaciones sociales y políticas. Pues hasta ofrecen ética las administraciones, las instituciones del Estado, los funcionarios, los militares y los políticos, en un paroxismo oferente que, en todo caso y en cuanto aquí nos interesa, resulta imposible ignorarlo.

Tan abrumadora oferta de ética en los mercados, partiendo de la ley fundamental que los rige, solo puede tener como causa la existencia de una fuerte demanda de ética. La ecuación, sin embargo, es la expresión de un síndrome o conjunto de síntomas cuyas características, en parte apuntadas, son o serían las siguientes:

a) Que la ética es una demanda propia y genuina de las sociedades avanzadas.- La demanda social de ética estricta, expresa que están satisfechas de forma razonable o al menos suficientemente las demandas de bienes de primera necesidad como el alimento, la sanidad o la educación, los derechos fundamentales y un sistema jurídico general regulatorio de derecho común pues, de lo contrario, las demandas sociales estarían centradas en las reivindicaciones referidas, básicas o primarias y no en la ética. Lo que significa que es una señal de identidad propia y genuina de las sociedades avanzadas que permiten su reivindicación como plus excedentario de bienestar.

b) Que la ética es el paradigma nuevo y futuro de los mercados.- De modo que, siendo una señal de identidad propia y genuina de las sociedades avanzadas, también y de forma inescindible significa que la demanda de ética es el nuevo paradigma de las relaciones económicas y que éste marca y señala de forma insoslayable su futuro, no solo en las sociedades avanzadas sino también de todas las demás que aún no lo son y siguen el camino de serlo. Pues, salvo cataclismos de destrucción impensables, el único futuro económico posible a escala planetaria, global u oceánica, es el de sociedades desarrolladas en las que estarán

razonablemente satisfechas las necesidades básicas de la población, entregándola de forma general a la exigencia de ética como sustento irrenunciable del intercambio económico.

c) Que es síntoma de quiebra de confianza en la calidad sostenida de la oferta y el intercambio.- Si el mercado se satura de oferta de ética, tan marcado fenómeno no solo es síntoma de su fuerte demanda sino, igualmente y en lo que nos importa, de que hay déficit de confianza en los mercados y de que éstos buscan resolverlo con ética. Fenómeno más señalado de la actual crisis financiera, en el que coinciden todos los comentaristas económicos de cualquier signo y que convierte a la confianza y a su semilla, la ética, en piedras angulares de los mercados y en bienes públicos de interés general de primer orden.

d) Que es síntoma de la insuficiencia del derecho común.- La creciente demanda de ética expresa de forma inequívoca que su exigencia no viene satisfecha por el derecho común, pues sigue manifestándose y crece pese a la existencia y natural crecimiento del derecho común, muy especialmente diversificado y saturado en las sociedades avanzadas, en las que ya no existe rincón de la existencia y de la vida social sin regulación común. Pues, en caso contrario, la codificación ética difusa propia del derecho común bastaría para dotar al mercado de la confianza necesaria para impedir la demanda de ética en presencia, que aparece como un plus imprescindible de la oferta más allá de la que garantiza el derecho común.

e) Que impone el nacimiento y consolidación de un nuevo derecho más allá del derecho común y complementario de éste.- Conclusión más que evidente de la propia insuficiencia del derecho común. Pero, también, de la propia naturaleza y finalidad de la ética exigida y ofertada pues tan crucial ingrediente de los nuevos mercados como nos está resultando ser la ética, no puede quedar sin control, al albur de la voluntad aleatoria del oferente, de tal modo que juegue como mero señuelo incorporado a la mercancía a modo de envoltorio sin contenido real garantizado y, por tanto, como parte de un nuevo y estructural mercado fraudulento. De tal modo que solo un sistema jurídico que garantice que la ética ofertada se codifica suficientemente y se exige bajo responsabilidad puede dar cobertura jurídica a la oferta de ética y satisfacción a su demanda en presencia. Tal sistema es la ética jurídica o ética auto-

rregulada, común y equívocamente denominado autorregulación, pues a veces dicho término se usa como ausencia de regulación y que, nada más lejos de ello, viene compuesto de forma inexcusable de Código ético sustantivo, procedimiento adjetivo sancionador e institución reguladora o administradora de carácter público. Solo existe una manifestación o consecución histórica de dicho sistema y es el arbitrado por y para el profesionalismo liberal o mercado de los servicios profesionales, cuya institución emblemática son los Colegios Profesionales. Su aparición o las causas y el proceso histórico que lo propiciaron es lo que veremos a continuación.

2. LA INDEPENDENCIA

Si cuando hablábamos de la ética señalábamos que era perceptible de forma manifiesta la oferta desbocada de ética en los mercados como punto de partida de su síndrome regulatorio, en cuanto hace a la independencia, nadie podrá negar que la independencia es la base sustancial del mercado libre y de la libre competencia, pues no otra cosa que una manifestación de la libertad es la independencia o derecho fundamental e irrenunciable del ser humano a buscar su sustento del modo y en el lugar y forma que estime conveniente. De tal modo y hasta tal punto que la independencia constituye otro bien público de interés general que reclama protección y garantía públicas, no solo por venir ligada al ejercicio de derechos fundamentales, sino también y muy especialmente porque constituye el motor del desarrollo económico y de la generación de riqueza. Lo que es tan cierto que son precisamente esa protección y garantía de la libertad e independencia las que pretende y busca el informe que comentamos.

Independencia, además, para ejercer la actividad económica elegida de forma auto-determinada, sin injerencias de ningún tipo, públicas o privadas, que se manifiesta como un motor de libertad en las actividades económicas, que tiende a resistirse a las restricciones. Una fuerza tan potente y poderosa que no solo ha hecho desembocar históricamente a las sociedades en la economía de libre mercado, sino que mantiene una fricción permanente con el derecho y el poder del Estado en torno y frente a las restricciones y barreras de todo tipo que de continuo y aras del interés general de la igualdad de oportunidades y de la confianza, imprescindibles para la propia supervivencia del mercado, se ve abocado a establecer.

Siendo este el problema central de la independencia que, como en el caso de la libertad, no es otro que su ejercicio en sociedad. Pues no puede olvidarse que las principales barreras a la independencia y a la libertad económica, al mercado libre, nacen y se forman en el propio mercado que, al propio tiempo que constituye la fuente principal de creación de progreso, riqueza y bienestar, constituye también la fuente principal de poder, porque en él se fraguan posiciones económicas de tal magnitud, que no solo otorgan a sus detentadores capacidad para intervenir en la toma de las decisiones políticas, sino también y sobre todo capacidad para desactivar la propia virtualidad del mercado o libre competencia, al acabar consiguiendo posiciones de dominio en su sector, que acaban otorgándole la exclusividad o casi la exclusividad de la oferta. En otras palabras, lo que comúnmente llamamos posiciones monopolísticas o excluyentes del propio mercado en tanto que acaban colapsando en él la competencia.

Tal es motivo por el que la dinámica de la competencia acaba haciendo aparecer en los mercados, en aras de la consecución de la preponderancia económica y de posiciones de poder, conductas desleales con los consumidores, bien por ir en detrimento de la calidad de la oferta, bien por ir en detrimento de la leal competencia, provocando el estallido de grandes escándalos por fraude, de grandes crisis económicas o de grandes crisis de confianza. Y, a veces y como ahora contemplamos en los mercados mundiales, la competencia de turbulencias producto de estallidos de los tres tipos a un tiempo.

Quiebra recurrente de los mercados que se fragua en su propio seno y que ha provocado que la competencia deba ser, haya sido y sea modulada continuamente a lo largo de la historia por necesidades de supervivencia colectiva, es decir de respeto y lealtad colectivas, orden público o confianza, eficacia y solidaridad. De donde se desprende, que la independencia y la libertad no han parado de sufrir limitaciones y barreras a lo largo de la historia bajo el principio ético o civilizatorio, las más importantes de las cuales son el Derecho y el Poder del Estado como administrador del derecho para su elaboración y aplicación.

En tal sentido, a nadie escapará que el Código civil o el mercantil o la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de la Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad constituyen barreras a la Independencia a libertad de mercado y a la libre competencia con la finalidad reguladora de la misma ya

mencionada. Del mismo modo que la irrupción en el intercambio económico de la necesidad de ética y de su regulación en aras de la confianza, con la aparición de un nuevo sistema jurídico de control ético de los mercados, va a constituir y constituye una nueva barrera en el ejercicio de las actividades económicas.

Debiendo concluir que, en cuanto aquí nos interesa que, por cuanto queda dicho, toda empresa o actividad económica, en aras de la libertad y la competencia, es dos cosas a un tiempo o presenta una naturaleza bifronte. De un lado un factor de supervivencia colectiva en tanto generador de riqueza, de desarrollo y de bienestar y, por tanto, un bien de interés público de primer orden, cuya trascendencia para la sociedad va más allá del mercado y de los intereses particulares del propio empresario, sea individual o colectivo, en tanto del conjunto de ellas depende la supervivencia de toda la sociedad. Y por tanto y como tal, solo sujeta al interés general y colectivo como factor de progreso y desarrollo. Y de otro, un agente económico privado al que mueve su propio y particular interés, que vive y se desarrolla en el seno del mercado y sujeto a sus leyes, que no son otras que las del máximo beneficio en el menor tiempo posible y, como tal, un poderoso motor de autonomía frente al poder político y la burocracia.

Doble naturaleza antagónica que convive en su existencia única y que hace que discurra en permanente contradicción generando beneficios y quebrantos de forma aleatoria, fuente de las intervenciones normativas apuntadas.

3. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA

Es en esa dinámica escindida entre las dos naturalezas de la actividad económica y en la aparición de crisis y escándalos en los mercados a pesar del derecho común, la que pone sobre la mesa la ética como elemento imprescindible para recuperar o mantener la confianza, más allá del derecho común. Ética que se presenta como fórmula de solución del conflicto permanente entre las dos naturalezas del sujeto empresarial tendente a sujetarlo a una dinámica en la que, al borde de la ambición desmedida, renuncie a actuar solo como factor privado y en interés particular y actúe como factor público y en interés general.

Ética que, como decíamos, ya se ofrece en los mercados por todas las empresas y agentes económicos y que ya ofrecen los poderes públicos ante los

ciudadanos cuando airados naufragan en las crisis, no solo defraudados en su patrimonio por la quiebra de los mercados, sino llamados también fiscalmente y por segunda vez, al esfuerzo de saldar las pérdidas a través de las arcas públicas.

Pero la regulación ética privada no llega a cuajar voluntariamente y, si lo hace, solo se logra con un gran esfuerzo asociativo parcial y voluntario en el imperceptible reducto de los sectores más avanzados y dinámicos socialmente y con resultados limitados al grupo, sin trascendencia pública relevante. De modo que la oferta de ética, como ya quedó apuntado, se debate en un papel de mercancía o envoltorio que, atrayendo al consumo lo defrauda recurrentemente con su ineficacia.

La inevitable respuesta del poder público ante tan escasos resultados y la repetición imparable de crisis recurrentes, no ha podido ser otra que la intervención directa en la vida empresarial mediante la introducción de un nuevo ordenamiento para-ético o *comportamental*, es decir, no autónomo sino de policía administrativa, de regulación de conductas empresariales, más allá del derecho común de la competencia. Es lo que venimos llamando en España Las Normas de Buen Gobierno Corporativo.

Se trata aún de una leve incursión en el funcionamiento interno de las empresas destinado a impedir la aparición de conductas desleales como las apuntadas y a fortalecer la confianza en los mercados. Su mecánica, por ahora y ante la radical independencia empresarial, no es otra que abocar a las empresas a asumirlo y a practicarlo voluntariamente, premiando su asunción y castigando su carencia con barreras de acceso a determinados privilegios. Y su tendencia, a la vista de las crisis recurrentes y del compromiso del poder público en ellas, es a ir imponiendo su cumplimiento bajo sanción a ir ampliando la codificación de conductas. Derecho sancionador de carácter administrativo, independiente y añadido, como plus de responsabilidad, a las responsabilidades civiles o penales e incluso administrativas de derecho común de la competencia.

A pesar de los extraordinarios cuidados puestos de manifiesto en su intervención por el poder público ante la independencia empresarial, de todos es conocida la continua y permanente reacción de los agentes económicos frente a ella. Basta repasar cualquier diario económico para encontrar en artículos y entrevistas a representantes de asociaciones empresariales o empresarios de renombre clamar contra la

excesiva intervención del poder público en la vida de las empresas y su rechazo a lo que consideran una ingerencia no deseada y no debida en su toma de decisiones que, adelantan airados, solo puede perjudicar no solo a su libertad e independencia, ya constreñida sino, además, a su propio desarrollo y competitividad, enervando su pujanza y provocando a la postre su declive o desaparición.

Tal dialéctica aparece repetitiva e insoluble por los factores descritos en presencia. El poder público está llamado a intervenir e incluso a acentuar su intervención mientras no aparezcan elementos privados de control ético empresarial y los agentes económicos no avanzan en soluciones de prestación ética privada sin perjuicio de su insuficiencia y se resisten a la intervención pública en aras de su independencia, en medio de un mercado con crisis recurrentes. Su duración aparece indefinida y será duradera, salvo acontecimientos de calado como los que hoy contemplamos en la crisis en curso o incluso otras que puedan sucederle de más trascendencia, que provoquen un cambio sustancial en otra dirección, inevitable e impredecible.

Pues bien, ese cambio se puede producir y se puede predecir, aún y a pesar de que sea imposible determinar cuándo. Porque la solución existe y ya se ha producido en el mundo económico empresarial: en el sector de los servicios profesionales o profesionalismo liberal. Es el sistema de autorregulación ética de garantía pública colegiada. Y todo el mundo económico está abocado a él de forma ineluctable, bajo una u otra forma y bajo instituciones de uno u otro nombre que concluyan por ofrecer al mercado —es decir, a los ciudadanos— y a los propios agentes económicos, una doble y respectiva garantía de ética e independencia con respaldo y trascendencia públicos.

4. HACIA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y SUS ELEMENTOS SUSTANCIALES. LA DIALÉCTICA ÉTICA/INDEPENDENCIA EN EL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES: UN CASO PARADIGMÁTICO. EL CICLO DE LA ÉTICA JURÍDICA.

4.1 Del derecho común a la regulación pública para-ética de policía administrativa

La dinámica económica descrita, que dibuja la dialéctica ética/independencia, ha venido siendo así en todos los ámbitos desde que la sociedad se rige por el derecho como sistema o cuerpo jurídico cierto y estable. Es decir, desde Roma. Lo que ocurre, como casi siempre en todo tipo de fenómenos, económico, político o social, es que no se produce de golpe, en un solo y único acto y a escala universal, sino que se produce de forma paulatina, asincrónica y asimétrica y, desde luego, siempre suelen iniciarse en ámbitos o entornos paradigmáticos dentro de su misma especie y adelantándose a su tiempo.

De tal forma que las primeras intervenciones del poder público en la vida empresarial, mediante regulaciones comportamentales más allá del derecho común y bajo control de policía administrativa, tal y como las vemos para el conjunto de las actividades y agentes económicos con las Normas de Buen Gobierno Corporativo, se produjeron por los emperadores romanos a partir del s. I (d.C.) mediante la regulación de las profesiones liberales que podríamos llamar clásicas. Muy especialmente y con carácter, también paradigmático, la abogacía.

Ni que decir tiene que el origen y causa de dicha intervención reguladora de los poderes públicos no fue otra que la misma que acabamos de describir más arriba en relación con todas las actividades económicas, es decir, los escándalos públicos que se empezaron a producir en el entorno de la prestación de dichos servicios profesionales y a la imposibilidad del poder público de seguir indiferente a la presión social. Escándalos de los que nos quedan rastros escritos en Juvenal o Marcial y en los que se describen conductas de abogados especulando por causa de la justicia mediante la compra de pleitos a pérdida-ganancia, la defensa de ambas partes en el mismo pleito, los honorarios exorbitantes y otros.

Escándalos, al fin, que se producían, también e igual que ahora, a pesar de la existencia ya entonces del derecho civil común, cuyo nacimiento y consolidación se estaba produciendo en el mismo entorno social y político. Derecho en el que ya estaba regulado el derecho de obligaciones y, por tanto, un derecho regulatorio germinal de los mercados con normas que exigían, la diligencia y la buena fe en el cumplimiento de los contratos de servicios y otras obligaciones de la misma índole, destinadas al buen comercio y al leal tráfico económico.

Lo que igualmente hacía, que dicha intervención fuera mediante un derecho para-ético o *comportamental*, de regulación de conductas empresariales más allá del derecho común y de policía administrativa, que venía a recoger las normas éticas ya fijadas tiempo atrás y con carácter privado y sacramental en la etapa anterior o pre-económica.

Y siendo finalmente de señalar, que la razón última de la intervención y exactamente igual que ocurre ahora con el resto de las actividades económicas y empresariales, no era otra que la doble naturaleza de los servicios profesionales de ser por una parte una actividad económica privada lucrativa y germinalmente empresarial y, por tanto, sometida a las leyes del mercado. Y, de otra, una actividad institucional de carácter público y no lucrativo, ligada al mantenimiento y satisfacción del interés general, como eran y siguen siendo, la justicia, la sanidad, la vivienda, etc. Doble naturaleza de la prestación de servicios que tuvo su arranque precisamente en Roma, a partir de cuyo desarrollo económico imperial, los profesionales, hasta entonces ligados a mandato gratuito y a prácticas de casta o religiosa, ambas cuasi-*sacramentales*, comenzaron a cobrar por sus servicios con el paso del mandato gratuito al mandato oneroso, una vez que les fue permitido mediante la derogación de las leyes que lo prohibían.

De suerte que, curiosamente y como queda adelantado, de entre todas las actividades económicas y empresariales, ya inmersas todas ellas desde Roma en la dinámica independencia/ética que hemos descrito, fueron las recién llegadas, es decir, las propias de los servicios profesionales, las que desde el mismo inicio de su era económica, las primeras en ser intervenidas y reguladas por el poder público, mediante un derecho de policía administrativa más allá del derecho común. Fenómeno que, como ha quedado señalado más arriba, solo ha empezado a producirse en el resto del mundo empresarial en los primeros años del s. XXI. Es decir, dos mil años después.

Lo que, aparte otras consideraciones y sin perjuicio de ellas, indica que nos encontramos ante un fenómeno jurídico de carácter geológico, en el que los tiempos que marcan su formación, manifestación y apogeo son extraordinariamente largos. Apunte decisivo a la hora de su estudio y, muy especialmente y en cuanto aquí nos interesa, a la hora de la intervención pública normativa en ellos pues, de no tenerlo en cuenta y actuar de coyuntura o a partir de análisis y conclusiones basadas en períodos de tiempo inferiores a milenios o, incluso, a su mitad, las

actuaciones serán fácilmente erróneas, imposibles o poco duraderas, con costes impredecibles. Si bien es cierto que, por la misma razón, la responsabilidad por los costes del error cometido, será difícilmente imputable a sus autores y fácilmente achacable al *maestro armero*. Lo que sin duda deberán anotar muy especialmente los autores del informe debatido, para reconsiderar sus conclusiones y abordar el problema con otras mimbres y en distinto sentido. Exactamente como aquí proponemos.

El fenómeno convierte a los servicios profesionales, sin duda y como acabamos de apuntar, en su sector económico paradigmático en cuanto aquí nos concierne. Las razones son muchas y variadas, pero confluyen en dos. La primera de ellas, que es en el que de forma más patente e inmediata se manifiesta la doble naturaleza pública y privada de toda actividad empresarial y, muy especialmente, su trascendencia pública y su peso decisivo en el interés general, por venir ligadas sus prestaciones clásicas (abogacía, medicina, ingeniería, arquitectura) a demandas sociales de primera necesidad. Hasta el punto de que, al contrario de lo que ocurre en el resto de actividades económicas, es su aspecto público el más evidente al principio, siéndolo menos el privado o económico-empresarial, recién adquirido entonces y solo ahora evidente con la llegada de las sociedades profesionales. Y la segunda, que es el sector en el que, precisamente por tratarse de prestaciones destinadas a dar satisfacción a demandas sociales de primera necesidad, ni los escándalos y perjuicios de sus malas prácticas son fácilmente tolerables por los ciudadanos ni, por dicha razón, pueden permanecer inactivos ante ellos los poderes públicos.

Lo que, en resumidas cuentas y a modo de conclusión, pone de manifiesto y acredita de forma incuestionable, que el proceso o dinámica reguladora que pone en marcha la dialéctica ética/independencia, es exactamente el mismo en todas las actividades económicas y, por tanto, que la dinámica del mercado lleva a la quiebra del derecho común como único medio suficiente para su regulación y para el mantenimiento de la confianza en la que se asienta el tráfico económico. De suerte que, las crisis de confianza que de forma recurrente se producen en su seno a manos de la codicia y de las malas prácticas en aras de la prevalencia y de las posiciones de dominio, acaban imponiendo barreras públicas a la libertad de mercado y a la independencia económica, mediante un derecho sancionador de policía administrativa con normas de comportamiento para-éticas que desbordan al derecho común para restablecer la confianza

mediante un plus de garantía.

4.2 De la regulación pública *para-ética* de policía administrativa a la autorregulación

Desde el mismo momento en el que se produjo en Roma la intervención pública de policía en la regulación y control de los comportamientos de los profesionales –siempre que digamos profesionales nos estamos refiriendo a las profesiones entonces existentes y que ya hemos señalado y denominado como *clásicas*– se puso en marcha de igual modo y con igual intensidad el fenómeno reactivo de la independencia que ya describimos para el conjunto del mundo empresarial en el momento actual, reactivo y resistente a toda incursión del Estado en su vida interna o aquella que atañe a su toma de decisiones empresariales y profesionales de todo tipo. Especialmente si son especializadas y atañen al modo o manera en el que desempeñan o ejercen su actividad, realizan sus prestaciones o fabrican sus productos; o al modo en el que orientan y realizan su penetración en el mercado y amplían su cartera de clientes y encargos o pedidos.

Fenómeno reactivo de la independencia frente a la ingerencia de los poderes públicos que vino a resultar igualmente paradigmático en el ámbito o mercado de los servicios profesionales pues, en este supuesto, se trataba de unas prestaciones o servicios muy especiales, en los que el factor de la confianza, imprescindible en el mercado, venía especialmente reforzado. En general por las razones recién apuntadas en orden a la intervención pública, de tratarse de prestaciones de primera necesidad social pero, además, por dos características muy particulares de la función profesional. La primera de ellas, su marcado carácter altamente especializado y sujeto a conocimientos, ciencias y artes que dominan exclusivamente los que los prestan, prácticamente inaccesibles al común. Y, la segunda, su marcado carácter mandatorio. Pues, aunque la división del trabajo convierte toda actividad humana productiva en una especie de mandato universal impropio, en el que otro nos sustituye en la realización de una actividad que en el origen de los tiempos vendríamos llamados a realizar nosotros mismos, en lo relativo a los servicios, el mandato es propio y la sustitución se realiza, no solo *intuitu personae*, sino también en la gestión de negocios personalísimos, muchos de ellos de trascendencia básica o de primera necesidad.

Carácter de propio mandato especializado que

genera una fuerte delegación personal de independencia en el mandatario, profesional llamado a la toma de decisiones de su libérrima conciencia y ciencia, altamente refractaria a toda ingerencia y llamada a mantenerse inmune a todo tipo de restricción no solo de los particulares y usuarios, sino muy especialmente de los poderes públicos.

Fenómeno reactivo de la independencia en el que, de entre todos los profesionales, vuelve también e igualmente a ser paradigmática la abogacía. Pues, sumado a cuantos factores quedan apuntados de especialización y sustitución mandataria, a la abogacía se le suma un último y marcado elemento en el que la independencia se convierte en decisiva, que no es otro que la vocación sustancial que tiene su función profesional, de fricción permanente con los poderes públicos, pues es habitualmente ante ellos –especialmente la burocracia y el poder judicial– ante quienes gestiona los intereses ajenos que le vienen confiados. Lo que convierte la independencia del abogado en paradigma de las independencias, pues de forma natural vendrá llamado a rechazar la ingerencia del poder público en su actividad y comportamiento en tanto que su función lo pondrá de continuo frente al poder público, ante el que verá minorada la pujanza de su gestión si, por ella, pudiera sufrir reproche o persecución.

Posición paradigmática que, del mismo modo que llevó a los servicios profesionales a ser los primeros en sufrir la intervención o control público de policía administrativa *para-ética* más allá del derecho común, dos mil años antes de lo que lo están empezando a sufrir el resto de las actividades económicas (Normas de Buen Gobierno Corporativo actuales), los iba a llevar a ser los primeros en forzar el paso de ese régimen de control a uno nuevo, arrancado del poder público mediante un pacto normado y regulado, por el que el control administrativo de policía *para-ético* de su actividad más allá del derecho común, iba a pasar de manos del poder público a las propias profesiones, a las que les iba a ser atribuido bajo un régimen y un sistema jurídico que llamamos de *autorregulación*. Recuperando con ello su independencia perdida, si bien ya no sería la desregulada del paraíso originario, sino formal y de garantías. Y que, como veremos, se produjo *cuando se pudo producir*, es decir, cuando concurrieron las circunstancias propicias para el triunfo de la independencia con el derrumbe del régimen feudal.

Fenómeno que, precisamente, nos lleva a las siguientes conclusiones científico-jurídicas: 1. Que la

ética jurídica es un propio ciclo biológico de la regulación del mercado más allá del derecho común, que también lo regula, y que transita en tres fases en virtud de la dialéctica ética/independencia y de las desviaciones de la competencia por la primacía, desde la regulación común a la autorregulación ética, pasando por la fase de intervención normativa y de control público *para-ético*. 2. Que dicho ciclo es y será universal, comprendiendo a todas las actividades económicas. 3. Que ello se puede afirmar con seguridad a la vista de lo ocurrido en el mercado de los servicios y a la vista de que ya se está produciendo para el resto del mercado en todas las demás actividades económicas, la segunda fase del ciclo o de intervención normativa y de control público *para-ético*, más allá del derecho común. 4. Que en el resto de actividades económicas se ponen de manifiesto las mismas reacciones que provoca la independencia frente a la intervención pública de policía. Y 5. Que el hecho de que se haya ido produciendo siempre por delante en el mercado de los servicios profesionales, ha sido debido a su carácter paradigmático en los elementos que configuran y determinan el motor del ciclo de la ética jurídica.

Pese a ello y como queda dicho –y este sería el sexto elemento confirmatorio de la tesis científico-jurídica que acabo de formular-, todavía tardó siglos en el mercado de los servicios profesionales el paso de la fase de control y regulación públicos a la de autorregulación. Exactamente los mil quinientos años transcurridos entre la decadencia del imperio romano en que comenzara la intervención pública de policía (s. I d.C.) y el final de la Edad Media (1492, con el descubrimiento de América, comúnmente aceptado). Momento éste hasta el cual, las profesiones siguen siendo reguladas e intervenidas por los señores y reyes durante toda la Edad Media y, a partir del cual, empiezan a aparecer en Europa los primeros Colegios Profesionales, Órdenes Profesionales o Congregaciones Profesionales, lógicamente y los primeros los paradigmáticos de la abogacía, instituciones genuinas de la autorregulación ética del mercado de los servicios profesionales, cuya naturaleza jurídica nos ocupa, ha quedado apuntada y abordamos a continuación.

5. LOS COLEGIOS PROFESIONALES: DOBLE GARANTÍA DE UNA OFERTA INSOSLAYABLE DE ÉTICA RESPONSABLE Y UNA NECESIDAD IRRENUNCIABLE DE INDEPENDENCIA DE LA ECONOMÍA Y LA FUNCIÓN PROFESIONAL. SU NATURALEZA JURÍDICA COMO INSTITUCIONES PACCIONADAS DE UN SISTEMA JURÍDICO REGULADOR DE LA COMPETENCIA, PROPIO DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES.

5.1 Naturaleza jurídica

A la vista de cuanto queda expuesto, la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales es paccionada o contractual de carácter público y sinalagmático. Contrato que se alcanza entre el Estado y las profesiones a petición de éstas y se establece por ley, mediante el cual éstas se comprometen a garantizar a la sociedad que los profesionales respetarán y cumplirán bajo responsabilidad disciplinaria administrativa un Código ético autoproclamado y el Estado se compromete a garantizar a los profesionales su libertad e independencia mediante un estatuto privilegiado de inmunidad en el ejercicio de su función y a disponer para ello un sistema jurídico especial y singular para la constitución de las instituciones jurídicas pertinentes dotadas por su delegación de las competencias necesarias para ello. Es el sistema jurídico de autorregulación ética y de amparo y su piedra angular serán los Colegios Profesionales, institución jurídico-profesional llamada a posibilitar el cumplimiento del contrato adquirido, de modo que en ella radiquen mediante la delegación pública correspondiente, las competencias públicas disciplinaria y de amparo que permitan a la profesión garantizar de forma independiente la ética que habrán de prestar los profesionales a la sociedad y el amparo de la libertad e independencia de éstos que habrá de prestar el Estado.

5.2 Elementos sustanciales

El sistema que nace y se consolida en todo el continente europeo es el que podría denominarse de autorregulación *fuerte* y sus elementos sustanciales serán su doble naturaleza pública y privada, la exclusividad territorial –un solo colegio por cada profesión y territorio- y su adscripción obligatoria –resulta imprescindible la inscripción (colegiación) en el Colegio profesional respectivo para poder ejercer la profesión elegida-.

Tales elementos van destinados a dotar de virtualidad al sistema jurídico de autorregulación adoptado y sin los cuales sería imposible. Efectividad que gravita sobre el cumplimiento del sinalagma sobre el que se funda el contrato colegial, que impone necesariamente el sometimiento universal o colegiado de toda la profesión pues, de otro modo, ni toda participaría de la independencia alcanzada ni todos responderían éticamente del ordenamiento punitivo público que, por primera vez en la historia, sería ley punitiva de cumplimiento voluntario.

Siendo de señalar en cuanto se refiere a la colegiación obligatoria que la sumisión al ordenamiento ético que persigue de todos los profesionales, no es sino heredera de la que estos tenían a la burocracia y al poder público en la etapa histórica precedente siendo, por tanto, la mera continuación de la intervención pública previa en el comportamiento de los profesionales más allá del derecho común pero, ahora, en manos de las propias profesiones. Y, por tanto, tan obligatoria como aquella en aras de la garantía de la finalidad pública que perseguía y persigue y del interés general que satisfacía y continúa destinada a satisfacer.

Y siendo de incidencia especial en la independencia la exclusividad territorial en tanto que, de no existir, posibilitaría la existencia dentro de un sistema general e igual para todos en la prestación técnica de un servicio, la división ideológica, política, religiosa o económica, anotando una inscripción previa y diversa a elemento extraño a la función profesional de carácter público que desempeña, que le restaría independencia.

5.3 Fines

Los fines sustanciales de los Colegios, de acuerdo con su naturaleza, son los allí expuestos, de tal modo que el resto de fines que pueda llegar a atribuirles la ley resulta absolutamente circunstancial, por importante que fuera. Por lo que son fines de los colegios profesionales el control disciplinario del cumplimiento por sus colegiados del Código ético de la profesión correspondiente y la prestación a los colegiados de Amparo colegial de su libertad e independencia facultativas.

Sin embargo, resulta evidente que tales fines conllevan lo que podríamos denominar, actividades anejas o accesorias que podrían considerarse coadyuvantes de su virtualidad e incluirse de forma justificada

como esenciales entre sus fines. La primera de las cuales sería sin duda la formación. Pero también lo es la representación de la profesión ante los poderes públicos en relación con sus funciones y, desde luego en relación con el contenido facultativo de la función profesional de que se trate o con el contenido jurídico, político y social del mismo, la colaboración de la Administración Pública al respecto en tareas legislativas y normativas de todo tipo etc.

Todos los fines referidos y desde luego los que hemos señalado como sustanciales, en modo alguno tienen por objeto finalidades ajenas a la intervención pública en el mercado de los servicios profesionales para que la competencia entre éstos se desarrolle de acuerdo con unos estándares de calidad y ética más allá del los establecidos y previstos en el derecho común. Y, por tanto, lejos de ir destinados a favorecer intereses particulares, económicos, corporativos o de casta de los propios profesionales, todos ellos y los propios Colegios, con sus elementos constitutivos, incluida la colegiación obligatoria, constituyen precisamente un haz de garantías para los consumidores y usuarios superiores a los que le ofrece el derecho común de la competencia y, por tanto también, una contribución pública de primer orden e indeclinable a la defensa y garantía del interés general, de toda la sociedad y, muy especialmente, del mercado de los servicios profesionales y de sus consumidores.

EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN SANITARIA DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADAS

Miguel Moreno Verdugo

*Director General Servicio de Recursos Humanos
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*

ÍNDICE

1. EL ENTORNO ECONÓMICO
2. MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO
3. FORMAS DE GESTIÓN: DIRECTAS E INDIRECTAS
4. MODELOS PFI PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE CENTROS
5. MODELO PPP DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS SANITARIAS
6. ESTUDIOS ECONÓMICOS

1. EL ENTORNO ECONÓMICO

Desde los últimos años se ha venido produciendo tanto en los EEUU como en otros países de la OCDE un incremento sustancial en el gasto sanitario con respecto al PIB o riqueza de cada uno de los países. Se prevé que en los EEUU llegue sobre el año 2020 hasta un 21% de recursos de destinados a Sanidad sobre la riqueza total del país y en la OCDE hasta un entorno del 16% con un incremento sostenido desde al año 1990 que ha sido mucho mas importante en los últimos 5 años del 2006 hasta 2011-2012.

Esa misma evolución del gasto sanitario se observa también en España donde desde al año 2002 el crecimiento sostenido del gasto sanitario público se ha incrementado en los últimos años desde el 2008-2009-2010 y con bajada a partir de 2013.

En el caso de Castilla La Mancha incluso en el año 2011 se ha producido una disminución del gasto sanitario de aproximadamente 150 millones de € y una disminución también de los presupuestos iniciales previstos para los mismos. Si tuviéramos también el gasto 2012 observaríamos que se ha producido una disminución total de 500 millones más estando en el entorno de los 2550 millones de € de gasto sanitario y además hay que tener en cuenta que se ha producido desde el año 2002 en adelante.

Incluso con las Comunidades Autónomas con transferencias también se producía con anterioridad una diferencia entre los presupuestos iniciales dedicado a sanidad con respecto al gasto que efectivamente se producía, esa diferencia suponía una deuda presupuestaria no financiera que se ha tenido que ir compensando con habilitaciones presupuestarias especiales en los años 2005-2006 y posteriormente en el año 2008.

En España a partir del año 2002 el incremento dedicado al gasto sanitario con respecto al PIB ha sido superior al propio crecimiento de la riqueza nacional, ahí podemos ver que por ej. en el año 2003 ha sido >al 11% del incremento del gasto sanitario cuando solamente la riqueza del país crecía un 7,31% en términos nominales y además tenemos que tener en cuenta que a partir del año 2009, los países de la OCDE los países y entre ellos España pasan a tener una situación de crisis económica produciéndose una disminución o un crecimiento negativo de la riqueza nacional en términos del producto interior bruto.

Esta disminución de la riqueza del país al mismo tiempo que se produce un incremento sustancial del gasto sanitario en los últimos años pueden llevar a la sanidad a un entorno de colapso, si alguien quiere destruir la sanidad pública solo tiene que dejar las cosas como estaban unos meses antes y todo eso dentro de un mercado sanitario público con una rigidez organizativa y burocrática muy elevada con una escasa transferencia de riesgo entre los distintos agentes que participan en el entorno del caos sanitario público con unos mecanismos perversos de incentivación que ha llevado por ejemplo que los profesionales pueden estar cobrando mayores salarios en una situación de incapacidad temporal que trabajando, con una baja atracción de directivos excelentes provocado por los bajos sueldos o retribuciones que tienen los directivos en las distintas instituciones sanitarias públicas.

2. MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

Tenemos que evitar la falacia de que el estado del bienestar ha de ser un estado burocratizado y dar a la sociedad civil la posibilidad de también participar y contribuir dando un valor adicional a la sociedad del confort a la sociedad del bienestar.

Las letras PPP corresponden a la expresión inglesa Public-Private Partnerships o colaboración público-privada o sociedad público-privada. Los países anglosajones son los que han desarrollado esta modalidad de colaboración público-privada, es el Reino Unido el que más ha desarrollado junto con Australia y otros países anglosajones este modelo, aunque España es uno de los países que está en el segundo intervalo de desarrollo junto con Holanda, Francia o Canadá.

La externalización de los servicios en las distintas instituciones sanitarias y hospitales públicos puede ir desde los servicios generales hasta los servicios asistenciales que es núcleo central de los hospitales públicos pasando por los sistemas de información o los servicios centrales.

Hay que tener en cuenta que el marco de los escenarios de la colaboración público-privada en sanidad es amplísimo y que desde hace muchísimo tiempo existe, por ej. los hospitales contratan a una empresa suministradora el equipamiento, el fungible, los reactivos, los fármacos, también se contratan con empresa externa la limpieza, seguridad, cocina,

mantenimiento o laboratorios de referencia o centros sociosanitarios externos.

Así, por ej., las tres líneas de colaboración más frecuentes han sido los conciertos, el mutualismo administrativo y las concesiones administrativas, la mayoría de los sistemas regionales de salud tienen conciertos o convenios de colaboración o convenios singulares con entidades privadas que se dedican a ese mismo tipo de actividad, las resonancias, los PETs, las mamografías, los scanner, también tenemos algún tipo de terapias complementarias como son las respiratorias, la diálisis, la rehabilitación, etc. El mutualismo administrativo existe desde hace muchísimo tiempo, desde al año 1975 los funcionarios que están dentro de las mutualidades Muface, Mugeju e Isfas pueden optar a principio de cada año entre un aseguramiento público a través del INSS y los sistemas regulares de salud u otro aseguramiento privado donde pueden contratar su prestación sanitaria con las principales compañías aseguradoras del país como puedan ser Asisa, Adeslas, DKV e IMQ etc, y, por otro lado, las concesiones administrativas existen desde hace mucho tiempo y a lo largo de esta ponencia las vamos a ir exponiendo. Sobre el tema de conciertos podemos observar que más del 20% de la actividad que se realiza en España se realiza a través hospitales concertados o el 12% en centros ambulatorios o el 28% de los PET o el 20% de otras pruebas diagnósticas por imagen se realizan a través de entidades privadas concertadas.

3. FORMAS DE GESTIÓN: DIRECTAS E INDIRECTAS

El informe Abril Martorell del año 1991 es el primer "hito" donde se empieza a hablar de la participación de la gestión privada en el ámbito público sanitario. A partir del informe Abril Martorell incluso desde unos años antes se empiezan a utilizar técnicas gerenciales de empresa privada como es la dirección por objetivos, establecimientos de contratos programas o grandes líneas de objetivos para las instituciones sanitarias incluyendo acuerdos de actividad, financiación, medidas de la producción en primer lugar en UPAS y posteriormente en GRD o PMC, acuerdos de gestión incluyendo sistemas de información etc, etc.

Podemos distinguir entre la gestión directa en el sistema nacional de salud o la gestión indirecta. Dentro de la gestión directa vamos a hablar de los organismos autónomos administrativos, de las empresas

públicas, de los consorcios y de las fundaciones.

Los organismos autónomos administrativos es la fórmula jurídica que se utiliza en la mayoría de los sistemas regionales de salud, en concreto en 11 de ellos el régimen administrativo de los mismo es de derecho público, las personas que trabajan en el mismo tienen régimen funcionarial en los SSCC, y régimen estatutario en las instituciones sanitarias que existen en los mismos. El sistema de compras de contratación está basado en la Ley de contratos del sector público y los contratos son públicos o contratos administrativos, régimen de contabilidad, de contabilidad presupuestaria basada en la Ley presupuestaria y en la leyes de Hacienda de las distintas comunidades autónomas, la gestión presupuestaria de gestión pública y la intervención puede ser a través de selección previa con carácter general o en ocasiones mediante control control financiero permanente.

En segundo lugar nos encontramos con las empresas públicas también denominadas en modelo de la LOFACE (Ley de Organización y funcionamiento y administración civil del estado) del 98, como entidades públicas empresariales, organismos autónomos empresariales, o según la legislación Andaluza en agencias públicas empresariales.

Hay una serie de comunidades autónomas que han establecido estas formas jurídicas de gestión para sus sistemas regionales de salud como son Cataluña, Asturias, País Vasco, Baleares, Murcia y Madrid y otras comunidades autónomas que la han desarrollado a nivel de centros sanitarios: nos encontramos el caso del ICS que está iniciando ahora un proceso de descentralización creando 20 unidades administrativas como entidades públicas empresariales con personalidad jurídica independiente para cada una de ellas, una especie de holding dentro del ICS, o en Andalucía que ha desarrollado mucho esta figura a través de la empresa pública de Emergencia Sanitaria, a través del Hospital de la Costa del Sol, del Hospital de Poniente o del Hospital de Andújar. En otras comunidades autónomas como la de Madrid se ha utilizado para la empresa pública el Hospital de Fuenlabrada. Las características de este tipo de entidades públicas empresariales o empresas públicas es que su régimen jurídico es de derecho administrativo pero las relaciones que regulan sus relaciones con terceros son de régimen privado, utiliza el derecho mercantil o el derecho civil o en el tema de relaciones con el personal fundamentalmente el derecho laboral. En cuanto a compras y contratación se utiliza actualmente la ley de contratos del sector

público pero como son sector público que no es administración pública los contratos que realicen son contratos privados que en cuanto a su preparación y adjudicación se aplican las normas de derecho público establecido en la Ley de Contratos y para los efectos y extinción el derecho primado. En cuanto a contabilidad de gestión presupuestaria no utilizan las fórmulas típicas del derecho administrativo sino que estas empresas están obligadas a establecer planes de actuación, inversión y financiación anuales y por supuesto a establecer presupuestos de explotación y capital de acuerdo al derecho mercantil.

En cuanto a los Consorcios la regulación es muy escasa, se encuentran regulados en el artículo 6.5 de la ley de procedimiento administrativo o ley de régimen jurídicos de las AA PP procedimiento administrativo común. También en la legislación local, y lo permite la Ley 15/97 y hay un desarrollo a través del RD 29/2000 para el Insalud. Los consorcios se pueden establecer por colaboración entre la administración del Estado, comunidades autónomas o entidades locales y se permite también la participación de entidades locales sin ánimo de lucro, se prevé una sinergia entre el sector público y el sector privado sin ánimo de lucro. Se ha utilizado mucho en Cataluña donde hay unos 12 consorcios sanitarios públicos aunque actualmente en en Cataluña lo que se pretende es la separación entre el patrimonio de los mismos de su gestión estableciendo entidades gestoras privadas para la gestión de estos consorcios. En Andalucía existe desde hace ya mas de 10 años el consorcio de Aljarafe encargado de la gestión del hospital del Aljarafe consorcio constituido entre la Junta de Andalucía y la Orden de San Juan de Dios.

Respecto a las Fundaciones nos encontramos por un lado las Fundaciones constituidas al amparo de la Ley de fundaciones del año 94 donde se constituyen la de Verín y Barbanza en Galicia, Alcorcón en Madrid y Manacor en Baleares que posteriormente cambian el amparo jurídico a través de las fundaciones del sector público de la Ley 50/2002. Las primeras fundaciones del año 94 eran fundaciones privadas en manos públicas pero posteriormente a partir del año 2002 se constituyen como fundaciones del sector público ya que en la mayoría del patronato de estas fundaciones y el capital con la financiación de las mismas son públicos. Por otra parte nos encontramos que en el año 98 a través de la Ley 50/98 en el artículo 111 se desarrolla el concepto de fundaciones públicas sanitarias posteriormente desarrollada mediante el RD 29/2000. Estas fundaciones públicas sanitarias tienen un régimen jurídico muy similar a lo que se

rían los entes públicos empresariales, la principal diferencia es que el personal de las mismas si tienen régimen estatutario y no laboral como cuando hemos visto en las anteriores. El resto del régimen jurídico de las mismas como son contabilidad y gestión presupuestaria etc, se aplican las mismas normas que en las entidades públicas empresariales. La sensibilidad de estos hospitales o estas instituciones a la interferencia política es alto o muy alto ya que los cargos políticos o altos cargos se encuentran incluidos dentro de los patronatos por ej. de las fundaciones o de los consejos de administración de los entes públicos empresariales, no existe un modelo consolidado y especialmente aceptado. La negociación colectiva según van pasando los años cada decisión cada vez quiere acercarse más a lo que son los hospitales tipo estatutario de administración pública clásica y los niveles de transferencia de riesgo aunque son mayores que en los hospitales clásicos, cada vez son mas bajos.

Por otra parte nos encontramos con los modelos de gestión indirecta de colaboración entre el sector público y privado, ahí vamos a hablar de tres: concesión de obra pública o PFI, en segundo lugar de las concesiones administrativas sanitarias tipo o modelo Alzira y en tercer lugar de las EBAS (entidades de base asociativas, denominadas modelo VIC).

En cuanto a los modelos de concesión de obra pública o PFI nos encontramos con que la Comunidad de Madrid ha desarrollado 6 Hospitales: Vallecas, Coslada, Parla, San Sebastian de los Reyes, Aranjuez y Arganda del Rey cuya principal característica es que no incluyen la atención primaria. En Castilla-León se ha establecido en el hospital General Yagüe, en Baleares en el hospital Son Dureta, en Castilla La Mancha estamos trabajando en la elaboración de los pliegos para el futuro hospital de Toledo. En cuanto a concesiones administrativas sanitarias modelo Alzira la comunidad que mas ha desarrollado las mismas es la Comunidad Valenciana donde nos encontramos con los hospitales de Alzira, Denia, Manises, Elche y Torrevieja que como peculiaridad con respecto a Madrid es que si han tenido en cuenta la atención primaria, si en Madrid los contratos tienen una duración media de 30 años el modelo Alzira en Valencia tiene una duración de 15 años prorrogable a 5 años mas. Actualmente la Comunidad de Madrid, como ya se sabe por todos los medios de comunicación, los 6 hospitales del modelo PFI van a cambiar al modelo de concesión administrativa o ya existe este modelo en los hospitales de Valdemoro, Torrejón y Móstoles y los nuevos hospitales que se construyan en

Collado-Villalba serán dados de alta con la concesión administrativa sanitaria.

Respecto a la EBA actualmente existen 12 entidades de base asociativa en Cataluña y la Comunidad de Madrid ha anunciado que de los 250 centros de salud que existen 25-27 van a pasar a constituirse como entidades de base asociativa.

4. MODELOS PFI PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE CENTROS

En los modelos PFI el servicio de salud contrata con una empresa adjudicataria o con una UTE la construcción de un edificio y su equipamiento y es esta empresa adjudicataria la que aporta la financiación, la parte adjudicataria a su vez gestiona la parte de servicios generales de los mismos, pero no gestiona la parte sanitaria y puede subcontratar estos servicios generales con otras empresas del sector.

Para que la inversión que ha realizado la empresa concesionaria o contratista no compute como deuda o déficit de la comunidad autónoma es necesario que se cumpla con lo establecido en las normas de la Unión Europea o sistema de contabilidad año 95, para ello se exige que el riesgo de construcción lo asuma el empresario o adjudicatario y que uno de los dos riesgos siguientes también sean asumidos por el empresario que son el riesgo de disponibilidad o riesgo de demanda. El riesgo de construcción está asociado a la construcción de la infraestructura y a los incrementos de costo en el retraso de su construcción y el riesgo de disponibilidad supone la existencia de penalizaciones efectivas por no suministrar los servicios en el volumen o la calidad acordada en los pliegos y el riesgo de demanda de servicios sea distinta a las previstas por motivos ajenos a la concesionaria.

¿Cuales son los puntos débiles a la estrategia de colaboración público-privada?

Pues nos encontramos que alguien debe pagar los costes financieros y el beneficio industrial y que los costes financieros suelen ser mas elevados en el sector privado que en el sector público y supone también altos costes de transacción. Trasladamos gasto público presente hacia el futuro, una hipoteca a 30 años que pueden llegar hasta 50 años y también se produce una mayor presión sobre los trabajadores.

Sin embargo también nos encontramos con una

serie de puntos fuertes como son que facilitan la financiación de infraestructuras y la renovación tecnológica sin generar deuda ni déficit para la comunidad autónoma, que introducen dinámicas que por lo tanto no se computan como deuda pública, introducen dinámicas de mejora de servicios, que se produce un traslado del riesgo desde el sector público al sector privado y que se eviten sobrecostes y retrasos en la construcción. Puede mejorar la calidad de la prestación de los servicios.

5. MODELO PPP DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS SANITARIAS

O lo que en España se ha venido denominando modelo Alzira, en este caso el servicio de salud contrata con una concesionaria que puede ser una empresa como puede ser el caso del hospital de Denia, que se llama Marina Salud, o con una UTE formada por una empresa concesionaria y una constructora, la gestión de todos los servicios sanitarios y no sanitarios de un área de salud o un departamento como se denominan en Valencia. Esta empresa es la que gestiona esa área integra de salud directamente a través de su contratista, financiando la obra en el caso que haya obra y el equipamiento correspondiente.

Este modelo de gestión se basa en cuatro principios fundamentales: la propiedad es pública y el control es público y se realiza a través de una figura llamado comisionado, la financiación es pública a través de pagos capitativos y solamente la gestión es privada o se externaliza.

En cuanto a la financiación ya hemos dicho que es pública y se realiza a través de técnicas de capitación o de cápita, se establecen penalizaciones adicionales bien por facturaciones a terceros o bien por sistemas de calidad. La actualización de cápita se hace en base al IPC o incremento de precios al consumo de cada año con respecto al anterior y también se produce una facturación intercentros de forma que los pacientes que son atraídos de otros departamentos o áreas de salud se pueden facturar al 80% del coste real efectivo de acuerdo a lo establecido en los precios públicos o en las tasas de precios públicos y los pacientes de tu área que son tratados en otro hospital, en los otros hospitales del sistema te lo van a facturar al 100% del coste real efectivo o coste medio establecido por precios públicos.

Un modelo en el que la concesionaria solo gana si se presta un servicio de la máxima calidad y cuya

característica básica es que en la financiación el dinero sigue al paciente. Los hospitales de la comunidad autónoma de Valencia o los hospitales que son concesiones administrativas han sido premiadas, por ejemplo el Hospital de la Ribera ha obtenido en 5 ocasiones en el ranking de TOP 20 ha sido considerado el mejor hospital de España, el hospital de Torrevieja también ha tenido varios premios internacionales y ha sido reconocido como mejor hospital también en el ranking TOP 20. Este tipo de concesiones tiene ventajas para los pacientes, ventajas para los profesionales y ventajas para la administración. Para los pacientes por ej. mayor accesibilidad y mejores tiempos de respuesta, mayor calidad percibida, desarrollo tecnológico, la concesionaria solo es viable si tiene un servicio de calidad y se descartan las opciones de cierre con un modelo de gestión eficiente.

Para los profesionales: docencia e investigación, reconocimiento y potenciación de los buenos profesionales, sistema retributivo innovador, estabilidad profesional y aporte de tecnología.

Para la Administración: coste per cápita por debajo del coste de gestión pública canon inversión inicial e inversión anual realizada por concesionario, pago capitativo, control público por la administración a través de la figura del comisionado, transferencia de riesgo financiero al proveedor o utilización de herramientas gerenciales de empresas privadas.

Las distintas encuestas de satisfacción que se han realizado sobre las concesiones administrativas observamos una alta valoración por parte del usuario y los profesionales de este tipo de instituciones de hospitales o de departamentos sanitarios.

6. ESTUDIOS ECONÓMICOS

Estudios realizados por la empresa IASIST en el año 2012 correspondientes a los datos existentes en el análisis de los TOP 20 del año 2010. En este caso la empresa IASIST ha hecho una clasificación de los hospitales presentado en dos grupos: hospitales con gestión de derecho administrativo frente a hospitales con otras fórmulas de gestión y ahí se incluyen lo que hemos dicho antes de entidades públicas empresariales, consorcios, fundaciones y concesiones administrativas ya sean modelo PFI o modelo PPP o concesiones administrativas sanitarias. En cuanto a indicadores de calidad tanto el índice de mortalidad frustrado como el índice de complicaciones como el índice de readmisiones es mejor para los hospitales

con otras fórmulas de gestión respecto a los hospitales de gestión de derecho administrativo. Lo mismo sucede con el índice de cirugías sin ingreso donde es superior para hospitales con otras fórmulas de gestión. También sucede lo mismo con el índice de estancias ajustadas Donde la estancia es inferior en un 15% en los hospitales de nuevas fórmulas de gestión con respecto a hospitales de derecho administrativo.

Y por último en cuanto a indicadores de eficacia económica por una parte nos encontramos que el coste de producción ajustado por línea de producto es un 26% mas barato en los hospitales de otras fórmulas de gestión, la productividad del personal sanitario es muy superior en caso un 38% para los hospitales de nuevas fórmulas de gestión y en cuanto al coste de aprovisionamiento la unidad de producción hospitalaria son casi un 40% mas eficientes los nuevos hospitales que están dotados con nuevas fórmulas de gestión respecto a los hospitales clásicos de derecho administrativo.

Como conclusión del estudio podemos decir que los hospitales con otras fórmulas de gestión son centros mas pequeños en tamaño y plantilla, tratando pacientes de singularidad y complejidad hacen una utilización mas eficiente de las camas y son mas intensivos en el uso de alternativas ambulatorias, sus recursos humanos con similares estructuras producen un 35% mas de unidades de actividad, son mas eficientes al tener un coste por unidad de producción de un 30% inferior y obtienen muy buenos resultados de calidad científico-técnica.

LA COHESIÓN DEL SNS Y SU SOSTENIBILIDAD: EN EL ANIVERSARIO DE UNA LEY QUE BUSCÓ DE FORMA TARDÍA E INSUFICIENTE GOBERNAR UN SISTEMA DESCENTRALIZADO

José R. Repullo Labrador

*Profesor del Departamento de Planificación y Economía de la Salud.
Escuela Nacional de Sanidad, Instituto de Salud Carlos III*

Alberto Infante Campos

*Profesor del Departamento de Salud Internacional.
Escuela Nacional de Sanidad, Instituto de Salud Carlos III*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA “INSOPORTABLE” DEBILIDAD DEL SNS
3. LOS CONTENIDOS Y DESARROLLOS DE LA LEY DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SNS (LECC)
4. EL SIGNIFICADO POLÍTICO E INSTITUCIONAL DE LA LEY DE COHESIÓN Y CALIDAD
5. LOS COSTES DE INTERFERENCIA POLÍTICOS DEL MODELO
6. LOS DESAJUSTES DE LA FINANCIACIÓN
7. ANALIZANDO LAS DEBILIDADES TÉCNICAS PARA LA NUEVA FUNCIÓN CENTRAL DE “RECTORÍA SANITARIA”
8. LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA: ¿AMENAZA U OPORTUNIDAD?
9. CINCO VÍAS DE REDISEÑO INSTITUCIONAL DEL SNS
10. EPÍLOGO: UN PASO PARA ADELANTE O DOS PARA ATRÁS

1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas políticos y sociales buscan denodadamente una narrativa que les explique y legitime. La Ley General de Sanidad de 1986 (LEGSA) promovida por Ernest Lluch en la primera legislatura del Partido Socialista es a menudo citada como el origen y fundamento de nuestro Sistema Nacional de Salud (SNS). Sin embargo, a día de hoy, pareciera que semejante cimiento no ha resistido bien el paso del tiempo.

“Desde su promulgación en 1986, la Ley General de Sanidad (Ley14/1986) ha sufrido sucesivos cambios que han consolidado un modelo de Sistema Nacional de Salud... Tras la revisión de toda la legislación aparecida desde 1986 hasta la actualidad podemos ver que hay 106 artículos (74,2%) que han perdido efectividad normativa y merecen un análisis o reflexión...Tras un cuarto de siglo de vigencia de la Ley hay dos tercios de la misma que deben ser revisados. Vista esta debilidad jurídica, parece que una nueva Ley del Sistema Nacional de Salud para el siglo XXI

*debería ser el objetivo central del pacto político por la sanidad”.*¹

No ha sido la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de 2003 (LECC), promovida por Ana Pastor en la segunda legislatura del Partido Popular (PP), la que ha discontinuado los contenidos de la LEGSA, si bien cambia conceptos (de “planificación” a “coordinación”), añade nuevos contenidos organizativos bajo el concepto de “cohesión”, y abandona tácitamente el Plan Integrado de Salud para proponer en Planes Integrales por problemas o patologías. En cierta forma, ambas leyes se complementaban. El análisis en detalle de la propia LEGSA nos desvela la “insoponible levedad” del cambio que propugnaba. Levedad que quedó en evidencia cuando en enero de 2002 se traspasó el INSALUD a las 10 CCAA que faltaban² y entró en vigor la Ley 21/2001 de financiación autonómica³ que puso final a la financiación finalista de la sanidad. El horror al vacío y la necesidad de un marco normativo adaptado a un funcionamiento cuasi-federal llevaron a la promulgación, en 2003, de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS⁴ (LECC). En los siguientes apartados trazaremos un panorama sintético de la contribución de esta norma a la hora de dotar de una solidez institucional al SNS en el contexto de las nuevas coordenadas organizativas y financieras⁵.

1 Criado JJ, Repullo JR, García-Millán A. Vigencia de la Ley General de Sanidad tras 25 años. Rev Esp Salud Pública 2011; 85: 447-456 http://www.msc.es/biblioPublic/publicaciones/recursos/propios/resp/revista_cdrom/vol85/vol85_5/RS855C_437.pdf

2 Conviene recordar que el proceso de traspaso de la gestión de los establecimientos sanitarios de la seguridad social (INSALUD) a las CCAA comenzó en 1981 con la transferencia a la Generalitat de Cataluña. Se trató por lo tanto de un dilatado y complejo proceso iniciado antes de la LEGSA, y que continuó hasta 16 años después de la misma.

3 Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-24962

4 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. <http://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-10715-consolidado.pdf>

5 Para una comprensión más amplia de la evolución histórica de nuestro SNS pueden consultarse: - Freire Campo, JM, Infante Campos, A. *Universalización y aseguramiento sanitario en España*. Med Clin(Barc) 1995;105:96-98; - Repullo JR. *La sostenibilidad de las prestaciones sanitarias públicas*. En: Presno-Linera MA. *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*. Oviedo: Procuradora General del Principado de Asturias (libro electrónico, colección PROCURA); 2012.

http://www.procuradorageneral.es/catedra/pdf/02_procura/05_jose_ramon_repullo_sostenibilidad_prestaciones_sanitarias.pdf

2. LA “INSOPORTABLE” DEBILIDAD DEL SNS

En primer lugar, es preciso entender la naturaleza de la contribución de la LEGSA a la creación del SNS. Esta creación no fue tanto el resultado de un salto cuántico, y menos de un estallido creacionista, sino fruto de un proceso histórico en buena medida incrementalista: muchas de las claves del SNS tienen su origen en la senda evolutiva seguida primero por el INP (Instituto Nacional de Previsión) y después por la rama sanitaria de la Seguridad Social (el INSALUD creado en 1978). En el escenario de la transición a la democracia, y un contexto de enormes expectativas regeneracionistas de la vida política y social en España, la LEGSA tenía que cubrir un amplio y complejo papel:

“La LEGSA tiene como una misión fundamental encauzar éste proceso de cambio turbulento, caótico y desajustado, y cabría decir que tiene un cierto éxito en formalizar un marco narrativo para identificarnos con los modelos del Norte de Europa (inspiración Beveridge = SNS) con los que ya compartíamos muchos elementos estructurales (red de provisión pública), para dotarnos de una fuerte orientación hacia la salud poblacional (atención primaria y salud pública), para diseñar un modelo descentralizado en regiones (CCAA), Áreas y Zonas Básicas de Salud, y para señalar objetivos claros de universalización.

*No obstante, se quedó corta en su capacidad de otorgar derechos de ciudadanía sanitaria (cobertura por el hecho de ser ciudadano, y aseguramiento público común y único). Tampoco está claro que fuera motor directo del cambio de fuentes de financiación (de cuotas a impuestos), que se culminó en 1999 (100% financiación sanitaria por impuestos), ya que no estableció claramente este mandato, y también porque parece que más bien fue la propia reorganización del sistema de seguridad social el que quiso que las prestaciones en especie y no contributivas se reubicaran fuera del mismo (¿más que salirnos nos echaron?). Parece que esta Ley General tenía un formato más inspirador que regulador, y más narrativo (llegando a lo retórico) que operativo”.*⁶

De lo anterior no cabe deducir que la LEGSA careciera de efectos normativos u organizativos. Pero

6 Repullo JR. ¿Entraría en un “Pacto de Estado” la revitalización de los cimientos legales de la sanidad española? El Médico, 2009 Octubre; (1103): 12-15.

sí que fue más bien un catalizador que una fuerza de cambio directa. La falta de prioridad de la sanidad en la legislatura 1982-1986 (centrada en la salida de la crisis económica, la reconversión industrial y la estabilidad política), llevó a que la reforma sanitaria tuviera un papel muy secundario y hubiera de adaptarse a todas las restricciones externas, particularmente a las económicas. Pero no solo. De hecho, la filosofía universalista que impregna la LEGSA no era aceptada por una amplia franja del estamento político por lo que la externalización del aseguramiento de grandes colectivos como los funcionarios (mutualismo administrativo) se mantuvo (y se mantiene) separado del resto de trabajadores y (ahora) de ciudadanos. Además, la LEGSA nació con una falta de consenso político y profesional notables: su aprobación no contó con el voto de Alianza Popular y tuvo enfrente a los colegios y sindicatos médicos.

Para adaptarse a las restricciones anteriores y no lesionar derechos adquiridos, la LEGSA creó un entramado institucional que resultó extremadamente débil. Y el SNS se cimentó en la ambigüedad: sin dejar formalmente de ser una extensión poblacional de la acción protectora de la Seguridad Social en la sanidad, se ha acabado financiando por impuestos, articula una red asistencial donde se han integrado prácticamente todos los centros y servicios de salud de titularidad pública, y se ha delegado su gestión a las Comunidades Autónomas, las cuales han blindado sus competencias de gestión en sus propios Estatutos o normas legales. Sin negar el alcance transformador de todo este proceso, el incrementalismo del mismo permite dudar sobre si sigue el SNS siendo Seguridad Social o no, y de hecho algunos autores han argumentado que no cabría hablar ya de dicho modelo⁷.

El consenso político en torno a la LEGSA fue tardío e indirecto: solo se obtuvo diez años después de su aprobación, cuando el Partido Popular en el gobierno, a través de la sub-comisión parlamentaria para la consolidación y modernización del SNS, promovida por el Ministro José Manuel Romay (del PP), acaba aceptándola⁸. Sin embargo la re-emergencia

del concepto de afiliación, asegurado y beneficiario en el Real Decreto Ley 16/2012, promovido por la Ministra Mato (también del PP) en el contexto de la actual crisis económica parece indicar que hay quienes pretenden resucitar la naturaleza de seguridad social del modelo.

3. LOS CONTENIDOS Y DESARROLLOS DE LA LEY DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SNS (LECC)

En la **Tabla 1** se muestran de forma muy sintética las temáticas de los doce capítulos de la LECC y un breve comentario sobre su desarrollo y aplicación.

El capítulo preliminar y primero de esta norma ha sido profundamente modificado por el mencionado RDL 16/2012. Llama la atención que un gobierno del mismo partido pueda reorientar de forma tan radical la filosofía de una ley: del consenso universalista a la reintroducción del marco de seguridad social; de la amplitud de cobertura a la contracción de la población cubierta (inmigrantes no regularizados y ciertos colectivos de rentas alta y media-alta); de las prestaciones garantizadas a la extensión del copago. Se ha argumentado la influencia de la crisis económica en este reposicionamiento pero el cambio de filosofía va mucho más allá y contradice el espíritu de la norma. Por ello se puede hablar con propiedad de “contra-reforma”. La Asociación de Economía de la Salud lo expresa con claridad:

“En suma, el RDL 16/2012 cambia la naturaleza del derecho a la prestación sanitaria pública, recuperando la distinción entre titulares y beneficiarios del aseguramiento, para lo cual soslaya que la asistencia sanitaria pública está definida desde hace casi dos décadas como una “prestación de naturaleza no contributiva expresamente excluida de la financiación de la Seguridad Social”. La universalidad se trunca al desligarse de cualquier condición de ciudadanía⁹.

La LECC enmarca temáticas que se desarrollan específicamente en la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias (LOPS) y del Estatuto Marco del

7 Juan Luis Beltrán Aguirre, “¿Sistema Nacional de Salud o asistencia sanitaria de la seguridad social?”, en Foro de Ciudadanía Sanitaria, XV Congreso de Derecho y Salud, Asociación de Juristas de la Salud, Oviedo, 22 a 24 de noviembre de 2006, publicado en: Derecho y Salud 2007 (número extraordinario); vol 15: 27-39. Disponible en: <http://www.ajs.es/descarga/attach/284>

8 Puede consultarse el texto de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del SNS en esta dirección: <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/>

vol21/n2/legis3.html

9 Asociación de Economía de la Salud. *Posición de la Asociación de Economía de la Salud sobre la reforma del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria universal introducido por el Real Decreto Ley 16/2012. 10 de Julio de 2012.* Disponible en: http://www.aes.es/Publicaciones/Documento_de_posicion_aseguramiento.pdf

Personal Sanitario del SNS, por lo que es en estos textos del mismo año (2003) donde debemos buscar los verdaderos contenidos de la regulación (más adelante se insiste en ello). En todo caso, conviene señalar el escaso desarrollo efectivo de estos temas: la difícil consecución del consenso en el mundo profesional y en las instituciones sólo es una parte del problema; la falta de músculo de la Administración General del Estado (AGE) ha limitado la posibilidad efectiva de poner en marcha muchas de las iniciativas que se señalan (por ejemplo, el Registro Estatal de Profesiones Sanitarias ha tenido que esperar diez años para estar próximo a ver la luz).

El énfasis que el texto imprime a la investigación (Capítulo IV), no se compadece con lo que sucedió ulteriormente: el Instituto de Salud Carlos III migró al Ministerio de Ciencia e Innovación en 2009 (con un gobierno del PSOE). A pesar de que desde la oposición el PP denunció este movimiento como una merma de la capacidad de liderazgo sanitario, en 2012, de nuevo en el gobierno, lo hizo depender del Ministerio de Economía y Competitividad. Y si bien la posterior co-dependencia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha paliado algo la situación, este desarrollo contraría también el espíritu de la LECC.

El desarrollo del sistema de información sanitaria ha sido quizá el capítulo más relevante en la implementación de la LECC. La razón de ello radica probablemente en que en su desarrollo se implicaron profesionales que habían quedado disponibles tras la extinción del INSALUD (los que no quedaron en INGESA o fueron transferidos a las CCAA) junto con otros del Ministerio de Sanidad. Estos profesionales fueron capaces de sacar ventaja del nuevo marco regulatorio para impulsar la construcción de un más que aceptable sistema integrado de información e indicadores (el portal estadístico del SNS).

También se avanzó, aunque en menor medida, en los instrumentos organizativos para promover la calidad: Agencia de Calidad y Observatorio del SNS. Aunque aquí también hubo valiosas contribuciones de los cuadros técnicos propios y procedentes del INSALUD, las funciones que se pretendían requerían una autonomía de gestión que no aportaba su condición de unidades de línea del propio Ministerio (no se consiguió que fueran realmente entes autónomos y con capacidad de autogestión).

Además, tras las transferencias sanitarias, Hacienda y Función Pública consideraron de forma muy

restrictiva las necesidades de plantilla del Ministerio de Sanidad, estableciendo normas de amortización sistemática de la mayor parte de vacantes. Esto tuvo el efecto de hipotecar la (re)construcción de un nuevo Ministerio de Sanidad, para crear una institución que fuera capaz de ejercer la rectoría mediante una adecuada combinación de legislación adecuada, información transparente, normas técnicas oportunas y fondos complementarios de asignación finalista y condicionada que influyeran en el comportamiento de los distintos actores.

Cuando en 2005 la II Conferencia de Presidentes acordó el rescate de la deuda contraída por las CCAA desde 2002, el Ministerio de Sanidad consiguió retener una cuantía para el Fondo de Cohesión y para los Planes de la Agencia de Calidad. Esto permitió un conjunto de acciones de gran valor (por ejemplo, la introducción de la temática de seguridad del paciente, o de la evaluación de las tecnologías sanitarias) a través de procedimientos de contratación externa, encomiendas de gestión, convocatoria de proyectos de investigación evaluativa y convenios con otras entidades. Estas actividades duraron mientras duraron esos fondos y se detuvieron o se ven amenazadas en cuanto llegaron los recortes.

Con los Planes Integrales ocurrió algo curioso: el Ministerio de Sanidad se lanzó a normalizar acciones contra el cáncer, las enfermedades cardiovasculares, etc., con la positiva intención de mejorar la práctica clínica y promover mayor homogeneidad en la respuesta asistencial en todo el territorio nacional. Pero a menudo los estándares propuestos implicaban cambios organizativos y/o gastos para las CCAA. Para evitar la confrontación hubo que quitarles su carácter normativo, denominarlas Estrategias de Salud y asegurar una amplia participación de las propias CCAA en su elaboración, y aún así no siempre se consiguió. Este clima de confrontación se vio, además, agudizado tras el cambio de color político del gobierno central en 2004 y la polémica por el modo de calcular las listas de espera en la Comunidad de Madrid.

Para poco sirvió la prolija enumeración de funciones del Consejo Interterritorial (capítulo X), o su nueva estructura más autonómica (de 17 + 17 se pasó a 17 + 1)¹⁰. La paradoja fue que cuando se creó un nuevo marco normativo para que funcionara mejor el Consejo fue cuando se desencadenó una relación

¹⁰ Se refiere al cambio de una composición con 17 representantes de la Administración General del Estado y 17 de las CCAA, a la combinación de 1 de la AGE (el Ministro de Sanidad) y los 17 Consejeros Autonómicos.

adversarial más fuerte (en buena medida condicionada por la actitud de los Consejeros del partido que acababa de pasar a la oposición). Con el paso del tiempo, los gerentes de los Servicios Regionales de Salud comenzaron de facto a tener reuniones discretas (no secretas) donde en muchas ocasiones no era invitado el Ministerio de Sanidad. Curiosa deriva de la realidad frente a la norma. Con todo, en el plano

técnico no se produjo este cisma, y las comisiones y subcomisiones del Consejo siguieron trabajando a buen ritmo.

Renunciamos a comentar otros aspectos de la norma que exceden el propósito de esta revisión; en la **Tabla 1** se señalan de forma telegráfica.

Tabla 1: Temas de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS y comentarios a su desarrollo y aplicación.

CAPÍTULOS	TEMÁTICA REGULADA	DESARROLLO Y APLICACIÓN
Capítulo Preliminar	Titulares de derecho y avance hacia ciudadanía sanitaria	Desmontado por el RDL 16/2012 que reintroduce el concepto de asegurado, beneficiario y criterios de inclusión y exclusión; y también al INSS como certificador de derechos.
Capítulo I Prestaciones SNS	Ordenar y homogeneizar	Dificultad técnica Redefinir para recortar y controlar: RDL 16/2012
Capítulo II Farmacia	Enmarcar y referir a tronco normativo	Desarrollo acelerado 2010 / 2012 (ahorros rápidos para objetivos de reducción del déficit).
Capítulo III Profesionales	Planificación: enmarcar y referir LOPS	No desarrollo efectivo de reordenación de especialidades ni modalidades formativas
	Desarrollo y carrera	Movilidad? Deriva centrípeta y funcionarizante de la regulación estatutaria Evaluación de competencias?
Capítulo IV	Investigación	Y el Instituto Carlos III se mudó de ministerio (educación, innovación, economía), con actual doble dependencia (secundariamente a sanidad).
Capítulo V	Sistema de Información Sanitaria	Buen desarrollo técnico, con escaso apoyo político: buena parte del músculo técnico es heredado del extinto INSALUD
Capítulo VI	Calidad: Agencia, Observatorio	Nacieron empotrados en el Ministerio (sin autonomía) y no creció en inteligencia interna (sólo contratos y encomiendas con % de rescate autonómico de 2005)
Capítulo VII	Planes Integrales de Salud	Los rompe el “invito yo y pagas tú” (protesta autonómica), y se cambian en 2004 por estrategias menos normativas.
Capítulo VIII	Salud Pública: enmarcar	Superado en 2011 por Ley 33/2011 General de Salud Pública
Capítulo IX	Participación social... comité consultivo, foro abierto, foro virtual	Muchos instrumentos pero escasa utilización y papel nulo en la definición de las políticas
Capítulo X	Consejo Interterritorial: 17+17 POR 17+1 (y recomendaciones como antes por consenso)	Enorme y alambicado desarrollo de funciones: resultados paradójicos: mayor politización partidaria y planteamientos sistémicos
Capítulo XI	Alta Inspección: reitera marco anterior con poca innovación	Misma ausencia de funcionalidad, y modulación política en las decisiones de actuación.

4. EL SIGNIFICADO POLÍTICO E INSTITUCIONAL DE LA LEY DE COHESIÓN Y CALIDAD

La LECC de 2003 es un texto que formalmente se dirigió a llenar el vacío de coordinación entre administraciones y consiguió un amplísimo consenso político en el Parlamento ante la preocupación por el potencial desgobierno de un SNS cuya gestión acababa de ser transferido en su totalidad.

4.1 Contexto político

El texto adolecía de dos defectos graves: el primero era que fue elaborado a posteriori de la transferencia con lo que su ámbito competencial quedaba ya muy mermado; y el segundo, consecuencia del anterior, era que no otorgaba competencias al Ministerio para hacer cosas que no pudiera hacer antes de la Ley, ni restringía las que otros tuvieran anteriormente atribuidas (las competencias autonómicas están ancladas en los Estatutos de Autonomía, los cuales tienen el máximo rango normativo).

La gran extensión del articulado de la LECC se proyecta sobre todo hacia una regulación organizativa interna, que si bien no modificaba las reglas básicas de juego dentro del SNS, buscaba estructuras y condiciones propicias para mejorar la relación entre partes del sistema (por ejemplo, reformando el Consejo Inter-territorial).

El contexto político de la LECC parte de la remodelación del gobierno de Aznar de julio de 2002: fue nombrada Ministra Ana Pastor con un estilo y una agenda mucho más reformista que la de su antecesora Celia Villalobos, vehiculizando la creciente preocupación existente en el sector sanitario por la debilidad del modelo de coordinación del SNS. Y se intenta dotar “ex post” de unas reglas de juego al SNS descentralizado, a través fundamentalmente de tres Leyes: la propia Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del SNS (que buscaba actualizar la LEGSA en condiciones de creciente fragmentación territorial), la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (desbloqueando un tronco normativo que llevaba mucho tiempo esperando) y la Ley 44/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (que actualizaba las bases de gestión del personal sanitario substituyendo normas pre-constitucionales).

4.2 Contexto institucional

El amplio e intenso impulso regulatorio fue meritorio pero tardío: como hemos mencionado, el marco regulador estaba ya fuertemente condicionado por la fuerza de los Estatutos de Autonomía y la escasa capacidad habilitante que deja la Constitución para retener el control de los servicios; y, también, por el hecho de que los servicios ya se habían traspasado: casi siempre es difícil acordar las reglas básicas de un juego cuando el juego está en marcha.

En consecuencia, el paquete normativo de 2003 no parece haber conseguido lo que pretendía. El SNS ha continuado una deriva divergente, y no se han resuelto satisfactoriamente los principales retos de gobierno y gestión de problemas compartidos¹¹ (habiendo gobernado en el nivel central ocho años el PSOE y más de 2 el PP con este marco institucional).

Además, otro factor de primer orden agravó las dificultades para hacer funcionar a los 17 servicios de salud como un conjunto coordinado: el fallo del modelo de financiación autonómica. Este modelo, estrenado en 2002, y en el que la financiación de la sanidad tiene un peso determinante, se demostró enseguida incapaz de regular tanto aspectos económicos (es decir, la suficiencia dinámica derivada de los cambios de población ocasionados por la importante inmigración de esos años) como de armonizar el comportamiento de los responsables institucionales. Por la importancia de esta dimensión, la analizaremos en el apartado cuarto.

5. LOS COSTES DE INTERFERENCIA POLÍTICOS DEL MODELO

Desde el punto de vista de la gobernanza del SNS, el cambio fundamental de un modelo de tipo “Bismarck” a un modelo de tipo “Beveridge”, supuso que el centro de gravedad del sistema público de salud pasara de una Agencia especializada en gestión sanitaria (el INSALUD, como agencia de la Seguridad Social para la gestión sanitaria respondía a un modelo de “delegación” en terminología de la descentralización de Rondinelli¹²), a la propia autoridad

¹¹ Beatriz González-López-Valcárcel B, Patricia Barber, “Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España, documento de trabajo 90/2006, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.

¹² RONDINELLI, Dennis: «Decentralization in developing countries», Staff Working Paper 581, World Bank Washington DC, 1983. Para una revisión más amplia y actual del

política autonómica como gestora de la red sanitaria (patrón de “devolución”).

Es cierto que las CCAA crearon entes autónomos especializados (los “Servicios Regionales de Salud”), con denominaciones y esquemas organizativos diferentes. Pero en la mayoría de los casos, la distancia entre éstos entes y la autoridad política autonómica era (y sigue siendo) mínima. En realidad, no existía (ni existe) más que una tenue diferencia de especialización funcional. En todo caso, se trataba (y se trata) de una distancia mucho menor que la que hubo entre el INSALUD y el Ministerio de Sanidad (la cual estaba además reforzada por la tradición y por la influencia que ejercían tanto la tecno-estructura de la Seguridad Social, como los agentes sociales y el propio Ministerio de Trabajo que tutelaba al sistema de Seguridad Social).

En la intimidad del pequeño universo de las CCAA, los costes de interferencia políticos crecieron rápidamente. Por una parte, el cálculo electoral pasó a tener una presencia inmediata en el establecimiento de prioridades, en la legitimación de las acciones y en el mercadeo social. Por otra parte, los equilibrios intra-regionales se tradujeron (y se traducen) en presiones para igualar provincias o subregiones, promoviendo a menudo supuestos “equilibrios” en las dotaciones de recursos que tenían que ver poco con la racionalidad técnica.

La falta de esa “*distancia terapéutica*” erosionó la lógica planificadora e introdujo la política local en un ámbito que se había caracterizado por lógicas nacionales. Con esto no pretendemos embellecer las lógicas antiguas que, con frecuencia, adolecían del sesgo opuesto: lejanía, tendencia al despotismo tecnocrático y abandono de algunos territorios a favor de concentraciones exageradas de tecnologías y recursos en otros. Solamente señalar que cambió el sesgo de las políticas. Y lo hizo en un momento claramente expansivo del ciclo económico cuando, supuestamente, había recursos (o crédito) disponible para gastar (con los resultados que están hoy a la vista).

Esta “politización” sanitaria de base autonómica (y en menor medida local) se extendió al plano del funcionamiento cotidiano del SNS y socavó rápidamente el funcionamiento del Consejo Inter-Territorial. Es decir, se produjo una doble politización: hacia abajo (en la toma de decisiones de gestión al interior de las CCAA) y hacia arriba (entre el Ministerio y las Consejerías, sobre todo las de signo político distinto). Esta politización creciente se representaba en las declaraciones y las ruedas de prensa anteriores y posteriores a cada reunión del Consejo – incluso aunque el nivel de acuerdo durante las sesiones hubiera sido elevado - y ofreció una desalentadora imagen de división entre los máximos responsables del SNS.

6. LOS DESAJUSTES DE LA FINANCIACIÓN

Como hemos mencionado, desde enero de 2002 todas las CCAA (no así Ceuta y Melilla) tienen transferida la gestión de la asistencia sanitaria de la seguridad social. Se trata de prestaciones que siempre han tenido tensiones inflacionarias al enfrentar necesidades potencialmente ilimitadas, no tener un carácter contributivo, e incorporar redes complejas donde actúan los profesionales de la salud. En el caso de los médicos, es muy relevante considerar el papel decisivo que tienen, al modular al mismo tiempo la demanda y la oferta (el denominado “rol de agencia”).

En el año 2001 se negociaron los traspasos de las 10 CCAA que aún dependían del INSALUD; por razones políticas y financieras, ninguna CCAA podía dejar de aceptar la transferencia, lo que les llevó a transigir con las condiciones poco favorables establecidas por los Ministerios de Economía y Hacienda (que lideraron el proceso). Por ello, la primera etapa de gestión (2002) se vio lastrada con asignaciones muy ajustadas al gasto real, o incluso menores, si bien algunas comunidades “salvaron los muebles” gracias a la fórmula de asignación diseñada en la Ley 21/2001 de financiación autonómica: criterio per cápita de población protegida (75%) ajustado por la población mayor de 65 años (24,5%) y la insularidad (0,5%).

Recordemos que ésta Ley otorgó a las CCAA una amplia autonomía en el gasto (no hay partidas finalistas) pero no les asignó instrumentos relevantes para generar ingresos (por la vía del manejo de tributos propios, cedidos y compartidos). Además, la AGE obligó a las CCAA a ajustarse a un techo presupuestario, intentando que desde el principio las

tema de descentralización sanitaria, ver: SALTMAN, Richard B., BANKAUSKAITE, Vaida, VRANGBAEK, Karsten: «Decentralization in healthcare. Strategies and outcomes», Open University Press - European Observatory on Health Systems and Policies series., Berkshire, 2007. Disponible en: <http://www.euro.who.int/en/who-we-are/partners/observatory/studies/decentralization-in-health-care.-strategies-and-outcomes>

CCAA gestionaran estos servicios sin generar déficit: es decir, pretendiendo que hicieran lo que aquella nunca había conseguido. El ajuste económico inicial y la estabilidad financiera exigida implicaron un cierto oportunismo “ex ante” de la AGE (aprovechando su situación de más poder, información e iniciativa).

Las CCAA respondieron a ésta situación de partida con un cierto oportunismo “ex post”, generando déficit por la vía del gasto, gran parte del cual se fue trasladando a los proveedores. Esto permitió un crecimiento rápido y escasamente sustentable por el marco financiero establecido. Este incremento del gasto sirvió en parte para atender necesidades y desequilibrios previos de la red sanitaria. Pero a menudo se llevó más allá de los criterios de racionalidad técnica y económica para nutrir un creciente clientelismo político, local y sindical; o, si se prefiere, podríamos decir que fue debido a los mayores “costes de influencia” por la mayor “proximidad” del decisor a los colectivos implicados. De hecho, la etapa pre-electoral de las elecciones autonómicas y locales de mayo de 2003 estuvo sembrada de promesas de ampliación y mejora de la red asistencial, con un fuerte sesgo en favor de nuevos hospitales, mayor dotación de servicios de atención primaria en ciertos municipios, y homologaciones al alza de las retribuciones del personal.

Este oportunismo “ex post” se completó con la evidencia de que las CCAA que incurrían en déficit no solían utilizar el pequeño margen de maniobra de que disponían para incrementar sus ingresos; en ciertos casos, incluso redujeron sus impuestos como un reclamo electoral... ¡al tiempo que exigían mayor financiación a la AGE!

En 2004 cambió el signo del Gobierno central (del PP al PSOE) e, inmediatamente, la mal llamada “deuda sanitaria” (déficit financiero de las administraciones autonómicas desplazado y presentado como pagos pendientes de hospitales y centros sanitarios a sus proveedores) emergió como un problema político de primer orden, responsabilizándose de ella al sistema de financiación de 2002. El fuerte crecimiento económico del momento llevó al Gobierno a intentar cancelar esa deuda en la II Conferencia de Presidentes de 2005. Sin embargo, esto se hizo sin cuestionar el modelo de financiación ni establecer pactos y esquemas de gobernanza que previnieran su repetición.¹³

Hay que constatar una meritoria iniciativa que surge de esta Conferencia, que fue la creación de un *grupo de trabajo para el análisis del gasto sanitario*, y en donde además de contabilizar las deudas con proveedores, se inicia una puesta al día y difusión de estadísticas de gasto sanitario, y se formulan mejoras para el sistema de financiación (población protegida equivalente y análisis por siete ramos de edad), que fueron recogidas en la siguiente ley de financiación autonómica (Ley 22/2009). Excede a este artículo analizar los problemas de información y coordinación inter-institucional que llevaron al declive de este grupo y esas iniciativas (el grupo no se extinguió pero acabó disolviéndose de facto).

Por tanto, en la legislatura 2004-2007 se repitió en esencia la misma lógica expansiva del gasto. Ampliada, si cabe, por la introducción en algunas CCAA de nuevas fórmulas de colaboración público-privada: concesiones de obra o de servicio que permitían invertir en nuevos hospitales sin tener que afrontar el gasto hasta el inicio del funcionamiento, eludiendo así el Sistema Europeo de Cuentas y no contabilizando el capital privado “adelantado” como deuda de la Administración. Estas fórmulas supusieron una tentación irresistible para muchos políticos autonómicos pues permitían prometer un hospital, hacerlo sin pagar nada, inaugurarlo en el cuarto año (antes de las siguientes elecciones) y trasladar el coste a las siguientes legislaturas (y a las generaciones venideras). Estas fórmulas fueron una señal distintiva de los gobiernos del Partido Popular en Valencia y Madrid, y supusieron una ruptura radical de los escasos consensos aún existentes sobre la provisión de servicios públicos.

El hecho fue que el volumen de deuda acumulada a finales de 2004, tanto considerando la generada durante la vigencia del modelo como la existente con anterioridad (cuantificado en el segundo Informe de Grupo de Trabajo sobre Gasto Sanitario creado por la Iª Conferencia de Presidentes y presidido por la Intervención General de la AGE (IGAE) en 5.574 millones de € al final de 2005), podría haber sido enjugado con los fondos adicionales aprobados para ello por el Consejo de Política Fiscal y Financiera (algo más de 6.000 millones). Sin embargo, esto no sucedió ya que las liquidaciones presupuestarias siguientes, con excepción de la de 2005, fueron siempre inferiores al gasto real; es decir, las CCAA siguieron contrayendo más deuda que la cancelada.

13 Repullo JR. ¿Es de buena calidad nuestro sistema de financiación? (ed.) Rev Calidad Asistencial. 2005; 20(7): 357-8. <http://www.elsevier.es/es/revistas/revista-calidad-asistencial-256/>

[es-buena-calidad-nuestro-sistema-financiacion-13081921-editorial-2005](http://www.elsevier.es/es/revistas/revista-calidad-asistencial-256/)

Tras las siguientes elecciones autonómicas de mayo de 2007 se volvió a acumular déficit con la esperanza de una nueva operación de saneamiento, la cual quedó desactivada por la llegada de la crisis. Para acabar de complicar la situación, durante 2008 y 2009, debido a las inercias de asignación del sistema de financiación, el sector sanitario público recibió más dinero “a cuenta” que el correspondiente al cálculo final (que se desplomó a la vez que lo hacían los *Ingresos Tributarios del Estado*). Muchas CCAA no solo vieron caer su principal fuente de financiación de unos gastos que ellas mismas habían incrementado sino que tenían que devolver dinero a la AGE. Además, la deseable continuidad del Grupo de Trabajo sobre Gasto Sanitario para evaluar de manera continuada la asignación de recursos y la eficiencia en su uso, no tuvo lugar.

De esta forma, y sin haberse preparado para el nuevo escenario (más bien al contrario), la sanidad se enfrentó de forma brutal a un choque de contracción financiera e insuficiencia fiscal, que cambió el panorama y supone un enorme reto a la suficiencia económica del SNS.

7. ANALIZANDO LAS DEBILIDADES TÉCNICAS PARA LA NUEVA FUNCIÓN CENTRAL DE “RECTORÍA SANITARIA”

El cambio operado en enero de 2002 obligaba a una modificación en los métodos de gobierno y alta dirección del SNS. Distintos factores explican la dificultad para que el Ministerio de Sanidad pudiera reorientar su función, a pesar de que las líneas definidas por la LECC pretendieron promover esta reorientación de la función de rectoría.

Durante el periodo 2000–2004 (PP), hubo dos ministras de sanidad (Celia Villalobos y Ana Pastor); entre 2004 y 2011 (PSOE) hubo cuatro (Elena Salgado, Bernat Soria, Trinidad Jiménez y Leire Pajín); la actual Ministra (PP) lleva algo más de un año (Ana Mato). Por tanto el promedio de desempeño de cada Ministra/o si situó levemente por debajo de los dos años, con la inestabilidad en materia de altos cargos que ello conlleva. Además, el organigrama del Departamento fue modificado con cada cambio ministerial, en algunos casos de forma sustancial (por ejemplo, para desgajar el Instituto de Salud Carlos III y añadir los servicios sociales y las políticas de igualdad). Al final, lo que empezó siendo un Ministerio de Sanidad (con el añadido “menor” del Consumo) ha terminado siendo un macro-departamento de tutela

de políticas públicas cuya gestión está en su mayor parte transferida y donde la Sanidad solo tiene rango de Secretaría General.

Todo lo anterior ha significado una dificultad importante a la hora de consolidar una tecno-estructura funcional adaptada a los cometidos que les son propios en un modelo de organización fuertemente descentralizado. Esta tecno-estructura se ha consolidado más en aquellas parcelas donde el Ministerio mantiene competencias relevantes (por ejemplo, farmacia) o allí donde, desde el principio, se ha contado con una masa crítica de funcionarios cualificados procedentes del antiguo INSALUD (por ejemplo, ordenación profesional, información sanitaria o cartera de servicios).

Lo adecuado hubiera sido aprovechar la experiencia del 20-30% de funcionarios de nivel medio y alto, gran competencia y edades superiores a los cincuenta años para entrenar a una nueva generación de funcionarios más jóvenes en las modalidades de diseño, gestión y evaluación de las políticas sanitarias en un contexto descentralizado. Muchos estaban dispuestos a ello. Cuando se dispuso de dinero procedente de la II Conferencia de Presidentes, se hicieron algunas contrataciones vinculadas a proyectos concretos que reforzaron a la tecno-estructura. Y que, lógicamente, concluyeron en cuanto se terminó el dinero. Mientras tanto, la política de amortización de vacantes seguida por los departamentos encargados (básicamente Hacienda y Administraciones Públicas) no ha facilitado la reconversión de vacantes ni la reposición de efectivos, y las plantillas han ido paulatinamente disminuyendo y perdiendo capacidad técnica, una tendencia que la actual situación de congelación y recortes tenderá a agravarse.

A esto se ha unido una paulatina tendencia a la “gabinetización” del Ministerio; es decir, al peso cada vez mayor de los gabinetes del Ministro, los Secretarios Generales y los Subsecretarios (incluido el gabinete de prensa) en el diseño y el control de las políticas en detrimento de las unidades de técnicas de línea (es decir, de las Direcciones Generales) con el riesgo de subjetivismo y arbitrariedad que ello a menudo implica.

8. LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA: ¿AMENAZA U OPORTUNIDAD?

Desde mayo de 2010 se empezaron a aplicar medidas para reducir el déficit público ante la presión

de los mercados financieros y los requerimientos de las autoridades económicas y monetarias de la Unión Europea. En el siguiente año y medio se plantearon medidas sanitarias para controlar el coste del medicamento e insumos, y se empezaron a tomar acciones de recortes en algunas CCAA con mayores desequilibrios presupuestarios (por ejemplo Cataluña). Finalmente, la necesidad de adoptar medidas anti-crisis de creciente dureza e impopularidad obligan a anticipar las elecciones generales.

En diciembre de 2011 el Partido Popular formó un gobierno presidido por Mariano Rajoy, cuya prioridad es luchar contra el déficit y el endeudamiento. Inmediatamente, se inició una política de austeridad que se fue endureciendo en función de la creciente dificultad de financiar la deuda.

Formado parte de esa política, en abril de 2012, se publicó el Real Decreto Ley 16/2012 el cual introdujo cambios importantes en el ámbito de la cobertura, la co-financiación y la extensión de la acción protectora. Esta norma, tramitada de urgencia y de manufactura técnica y jurídica precaria, tiende a romper consensos anteriores y supone un cambio radical en la trayectoria evolutiva del SNS antes descrita. En cierta forma, vuelve a los orígenes *Bismarkianos* pero en condiciones en las que ese retorno no es posible sin generar problemas importantes y pagar altos costes por el rediseño.

El principal proviene de que la medicina moderna se basa en profesionales muy especializados y en tecnologías sofisticadas y con pocos usos alternativos: son activos específicos que no pueden ser fácilmente reasignados a otras utilidades. Sin perjuicio de que existen aún reservas de eficiencia que deberían ser puestas en valor rápidamente (por ejemplo, la Central de Compras) si se efectúan recortes por encima del 1,5- 2% anual se destruyen “activos” (factores fijos de producción); si se pretende que el SNS reduzca su financiación por debajo de los 1.300 € per cápita (gasto sanitario público real por persona protegida) a lo largo de varios años (en algunas CCAA esto ya ha sucedido en 2010, y veremos cómo queda la contabilidad del gasto ejecutado en 2011 y 2012), la calidad se erosionará de forma poco reversible. Puede que haya sectores interesados en que esto suceda. Pero las encuestas demuestran que la mayoría de la sociedad (incluida una mayoría de votantes del Partido Popular) desea un SNS sostenible, de calidad y equitativo. Por tanto, el apoyo financiero al SNS no debería rebajarse en el grado que plantea el Gobierno. Si se hace, los procesos reformistas perderán pie y se arruinará una gran oportunidad de transformación.

9. CINCO VÍAS DE REDISEÑO INSTITUCIONAL DEL SNS

Quizás la forma más simple y positiva de definir las lagunas y debilidades del SNS dejadas tras las incapacidades y deficiencias de la LECC, consistiría en formular una serie de sendas para su rediseño institucional. A continuación exponemos cinco que consideramos fundamentales.

9.1 Alinear autoridad y poder: el papel de un pacto

Los pactos sobre las políticas públicas buscan esencialmente dos cosas: modificar reglas de juego (para conseguir un nuevo equilibrio donde el interés general salga favorecido y, si es posible, además todos ganen); y repartir los costes (y eventuales beneficios) del cambio entre todos los agentes políticos.

La situación actual apunta en ambas direcciones: las reglas de juego del SNS no parecen favorecer la cohesión sanitaria y social; y los ajustes económicos suponen enormes costes que no pueden ser fácilmente soportados por mayorías políticas simples.

En un reciente documento promovido por la Organización Médica Colegial, se formula de manera clara esta necesidad de buscar un pacto político:

“Necesidad de un Acuerdo político. Los médicos consideramos que se necesita urgentemente un Acuerdo político al máximo nivel que facilite la imprescindible y, desde hace años, postergada, reforma del SNS, de manera que se garantice su solvencia y no sólo se evite la vulnerabilidad con que se enfrenta en la actualidad a la profunda crisis económica en la que el país se encuentra sumido, sino que habilite a la sanidad pública como una institución robusta e independiente, capaz de ofrecer servicios de la máxima calidad y eficiencia de cara al futuro. Para ello:

a) Este Acuerdo debe promover un mayor protagonismo profesional en los niveles estratégicos de decisión, lo que creemos impedirá que se instrumentalice la gestión por intereses partidistas y se malgasten energías en enfrentamientos estériles, que sólo sirven para confundir a la población, en los que se lanzan propuestas no avaladas por evidencia alguna que justifique su idoneidad.

b) Asimismo, debe servir para liberar las enormes potencialidades del Sistema y sus agentes, ahora encorsetadas en un entramado burocrático muy desincentivador, y ha de contribuir a facilitar la creación de estructuras de gobierno estables y profesionales, en las que exista una clara identificación de responsabilidades acompañada de mecanismos de evaluación y control totalmente transparentes".¹⁴

9.2 Alinear intereses e incentivos: el sistema de financiación

En distintos barómetros y encuestas parece que la expectativa de la población española sobre la protección a la salud es que esté *ecualizada* para toda España; es decir, que no haya grandes diferencias de financiación, cobertura y prestaciones. El actual modelo de financiación incondicionada y no finalista no encaja con esta expectativa, y se ha convertido en un elemento de inestabilidad que promueve conductas oportunistas por parte del gobierno central (principal recaudador) y de los gobiernos autonómicos (principales gastadores).

La opción sería mantener el papel planificador, co-asegurador y gestor de las CCAA en la sanidad (el blindaje Estatuario hace difícil y poco práctico concebir horizontes de corte más jacobino); pero estableciendo un sistema de garantía de financiación específica, donde el gobierno central estime un per-cápita, ajustado por factores de necesidad que afecten a costes, y que asegure esta línea específica de financiación; y que incluya el re-cálculo periódico en función de los cambios demográficos. Junto a ello, se establecerían fondos de compensación por la asistencia que unas CCAA prestan a residentes de otras, así como fondos de solidaridad, cohesión e inversiones, que faciliten una mayor racionalidad en el funcionamiento del sistema como un todo, altamente descentralizado, pero integrado en sus funciones esenciales.

La tecnología disponible ayuda a gestionar sistemas de compensación y éstos evitan tentaciones de insolidaridad: en efecto, si se garantiza que los flujos inter-autonómicos se facturan mutuamente a costes variables (o marginales) razonables, se consolida un

espacio de cooperación, y pueden ser fácilmente viables modelos de gestión transfronteriza y de remisión para la alta y mediana especialización. Y, sobre todo, se conjuran los peligros de rechazo o de limitación del esfuerzo asistencial (asistencia inmediata al infarto de miocardio o a la fractura pero derivación a la Comunidad de origen para poner el marcapasos o la prótesis).

Respecto a las inversiones, sería muy útil que un Fondo estatal pudiera co-financiar aquellos centros, servicios o tecnologías que fueran apropiadas desde el punto de vista de la planificación del conjunto del SNS; esto además de un incentivo positivo en proyectos que cumplen el criterio técnico de necesidad, serviría en sentido negativo como estigmatizador a los rechazados, ayudando a los políticos regionales a contar con una razón externa para no avanzar en inversiones insensatas (que pueden estar promovidas a nivel local y provincial por fuerzas partidarias próximas).

En todo caso, hay que insistir en que se precisaría mantener y ampliar un fondo de cohesión para nivelar las oportunidades de salud de la población y para dinamizar proyectos y acciones de interés general para el SNS.

9.3 Buscar diseños organizativos que minimicen los problemas y faciliten la acción racional

La coordinación de 17 servicios de salud de las CCAA requiere una nueva generación de instrumentos y mecanismos de gobierno y gestión. Debemos partir de la idea de la federalización de facto del SNS y adecuar los instrumentos de coordinación a esta autoridad repartida que existe. Y podemos mirar a otros países que tienen un vértice organizativo con bajo nivel competencial.

Sin entrar en este ámbito por razones de extensión, señalamos la posibilidad de poner en marcha una Agencia del SNS que sea la casa común de las acciones colaborativas de los 17 servicios regionales (incluidos los sistemas de información, centrales de compras, fondos de compensación, etc.)¹⁵; una Agencia tipo NICE para la gestión del conocimiento, nacida de la actual red de agencias de evaluación de

¹⁴ Altisent R, Bernal E, Burgos I, Castellón E, Conde J, Gutiérrez-Martí R, Hernansanz F, Mayol J, Repullo JR, Vidan L. Profesión médica y reforma sanitaria. Propuestas para una acción inmediata. Madrid: OMC. Diciembre 2012. http://www.actasanitaria.com/filesset/file_PROFESI_N_Me_DICA_Y_REFORMA_SANITARIA_OK_61081.pdf

¹⁵ Sobre este tema ya ha habido propuestas desde 2008: Repullo JR, Freire JM. *Gobernabilidad del Sistema Nacional de Salud: mejorando el balance entre los beneficios y los costes de la descentralización*. Informe SESPAS 2008. Gac Sanit. 2008; 22(Supl 1): 118-25

tecnologías sanitarias; y un Instituto de Salud Carlos III que esté verdaderamente alineado con las tareas de salud pública, formación, investigación e innovación en los servicios sanitarios del SNS.

Cuando los instrumentos de gestión competencial o legal decaen, debemos ser inteligentes para poner otros mecanismos de gestión del conocimiento, de incentivación económica y de liderazgo organizativo: mecanismos que han de tener bajo nivel de politización, para que todos puedan compartir los logros y los costes, y se establezca una base de convivencia efectiva.

9.4 Abrir un espacio reformista para las funciones de gobierno y gestión de la sanidad pública

El debate sobre la externalización o privatización de los servicios sanitarios, posiblemente no se habría producido si los gobernantes del SNS hubieran tenido el talento y la capacidad para modernizar la gestión de hospitales y otros centros sanitarios públicos, siguiendo los ejemplos de buen gobierno y gestión pública de algunos países europeos (particularmente en los sistemas integrados del Norte de Europa).

En esencia: órganos colegiados de gobierno con participación y rendición de cuentas (en vez de jerarquía directa politizada, discrecionalidad y ocultismo); profesionalización de gestores (en vez nombramientos partidarios y conductas cortesanas); apertura de sistemas de información al escrutinio público; desburocratización e instrumentos más potentes para desarrollar la gestión económico-presupuestaria, de personal y de compras. Quizás el ejemplo de *Osakidetza* (Servicio Vasco de Salud) pueda ser un referente en el plano de la desburocratización de los instrumentos de gestión.

Hoy toca dar por fallida la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el SNS pues la desregulación ha interferido en la sostenibilidad (produciendo recalentamiento económico debido a las inversiones pro-cíclicas que están suponiendo una carga financiera adicional en tiempos de crisis); ha introducido el ánimo de lucro en el corazón del sistema; ha producido una quiebra en los consensos básicos existentes; y ha generado de facto un abandono de intentos reformistas serios en los modelos administrativos y presupuestarios, que son los dominantes y que incluyen los grandes y medios hospitales del SNS. De hecho, el PSOE que votó a favor en su día, acaba de anunciar su intención política de derogarla si llegara a gobernar.

Y dentro de esta redefinición de los instrumentos de gestión pública, hace falta trabajar en dos dimensiones: dotar de un marco específico de gestión a los centros sanitarios públicos; un traje a medida para que las funciones de personal, financiera y contractual sean apropiadas, ágiles y socialmente eficientes. Hoy es posible combinar transparencia con autonomía responsable de gestión: los órganos colegiados de gobierno para hospitales y áreas (con participación de ciudadanía experta e ilustrada) han funcionado bien en otras latitudes para poner muchos ojos sobre la gestión sanitaria. También se trata de dotar a las áreas de gestión clínica de contenidos que alineen el profesionalismo sanitario con la responsabilidad en la organización y decisiones institucionales.

Y, finalmente, el marco estatutario para el personal clínico (fundamentalmente el médico, aunque no sólo), resulta claramente insuficiente; máxime cuando ha migrado hacia definiciones *funcionarizantes* por presión del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), y del efecto normalizador y controlador de las poderosas Consejerías de Hacienda y Función Pública autonómicas. ¿Por qué no pensar un régimen especial estatutario para profesionales clínicos que tuviera una forma diferente, y que sin extinguir el habitual permitiera ensayar modelos más *meritocráticos* y ágiles de gestión de las especialidades médicas? Un sistema de habilitación o acreditación nacional con concurso local de acuerdo a requisitos específicos del propio puesto de trabajo, juzgado por comisiones de credenciales con profesionales de dentro y de fuera del hospital, y de dentro y de fuera de la especialidad, y de dentro y de fuera de la Comunidad Autónoma. Y donde la re-certificación periódica de lo profesionales esté debidamente regulada.

Toca pensar en este tipo de cambios. No se puede demorar una práctica reformista sensata pero decidida.

9.5 Una Ley del Sistema Nacional de Salud para definir en positivo la ciudadanía sanitaria

La LEGS de 1986 y la LECC de 2003 tienen la ventaja de estar alineadas y expresar consensos políticos básicos (de ambos partidos mayoritarios), y el inconveniente de que en muchos aspectos han quedado obsoletas o superadas. Además, los sistemas que diseñaron para coordinar las 17 CCAA no han resultado eficaces. Por ello sería necesario resolver la debilidad institucional del Sistema Nacional de Salud y con una nueva Ley del SNS facilitar un nuevo

marco consensuado de gobierno y gestión de la sanidad española. Este nuevo marco debería apartarse de la grave distorsión que ha producido el precipitado Real Decreto Ley 16/2012, realizado bajo la presión de la austeridad, y que abdica del proyecto colectivo de un sistema universal para todos los ciudadanos.

Una Ley del SNS posiblemente hoy no es fácil de visualizar por el entorno de crisis, la rivalidad entre los partidos políticos, el ataque cerrado a la sanidad pública de algunos, la erosión económica de los servicios públicos y los intereses creados en torno a la “balcanización” autonómica. Pero esta Ley es más necesaria que nunca, y contaría con un amplio apoyo de los ciudadanos y los profesionales. Como en tantas esferas de la vida social, el poder político está llamado a promover o sumarse a un proceso fuertemente reformista y de regeneración de la vida política, social e institucional de España.

La ciudadanía sanitaria no puede quedar al albur político de interpretar en menos de un año que tenemos un sistema universal (Ley 33/2011 de Salud Pública – disposición adicional sexta¹⁶) o que en realidad seguimos teniendo la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y reinstaurando el papel del INSS para determinar quién es afiliado y quién es beneficiario en función de la situación laboral, de renta y de nacionalidad (RDL 16/2012). Estos bandazos no parecen propios de un país serio. Y por ello, procede la creación de un marco inequívoco de garantías jurídicas y sanitarias a partir de un modelo de aseguramiento sanitario universal, público, común y único.

10. EPÍLOGO: UN PASO PARA ADELANTE O DOS PARA ATRÁS

Como se ha señalado, la sanidad española requiere una segunda transición: esta abogaría por una clara definición de la ciudadanía sanitaria, sus derechos, los instrumentos de aseguramiento universal, y los requerimientos para que el gobierno y la gestión de la sanidad pública se mantengan dentro de la esfera del interés general, alejando al SNS del ánimo de lucro y acercándolo a la eficiencia social equitativa y solidaria que inspiró su fundación. Algo que probablemente también requieren otros servicios públicos básicos y que afecta al núcleo mismo de la acción protectora y de generación de seguridad y confianza del Estado.

Hablar de la sanidad pública y de la sostenibilidad del SNS hoy es hablar también del por qué y el para qué del Estado que tenemos. Y de las relaciones entre ese Estado, la sociedad y los ciudadanos que la forman. Lo que, siendo sin duda muy importante, excede los límites de este artículo.

¹⁶ “Se extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico...”

EL DERECHO A PROLONGAR LA JUBILACIÓN FORZOSA HASTA LOS 70 AÑOS POR LOS MÉDICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN FUNCIÓN DE LAS PREVISIONES DEL PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS

José Díaz Delgado

Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este estudio consiste en el análisis normativo y de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹, acerca del derecho a prolongar la jubilación hasta los 70 años de edad, por el denominado personal estatutario, y de una reciente resolución del Tribunal Constitucional declarando inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Finalmente trataremos de elaborar unas conclusiones.

II. ANÁLISIS NORMATIVO

II.A. Normativa estatal.

1. Artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función pública.

La Exposición de Motivos de esta Ley decía que “en consonancia con este esfuerzo legal para adap-

tar nuestra Función Pública a las normas vigentes en los países de nuestro entorno, se dispone la jubilación forzosa de todos los funcionarios públicos a los sesenta y cinco años de edad, estableciéndose un calendario progresivo para su definitiva aplicación”

El artículo 33 disponía lo siguiente:

“Artículo 33. Jubilación forzosa ²

La jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir los sesenta y cinco años de edad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los setenta años de edad. Las Administraciones Públicas dictarán las normas de procedimiento necesarias para el ejercicio de este derecho.

De lo dispuesto en el párrafo anterior quedan

¹ Sección séptima.

² Dada nueva redacción por el art.107 de Ley 13/1996 de 30 diciembre 1996 el 1/1/1997.

exceptuados los funcionarios de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación.

Es evidente que se configura un auténtico derecho subjetivo del funcionario a prolongar la situación de servicio activo hasta los setenta años, pudiendo y debiendo la Administración dictar sus normas procedimentales para el ejercicio de aquél.

*2. Ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.*³

2.a) Artículo 13. Planes de ordenación de recursos humanos.

1. Los planes de ordenación de recursos humanos constituyen el instrumento básico de planificación global de los mismos dentro del servicio de salud o en el ámbito que en los mismos se precise. Especificarán los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos. Asimismo, podrán establecer las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, especialmente en materia de cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional.

2. Los planes de ordenación de recursos humanos se aprobarán y publicarán o, en su caso, se notificarán, en la forma en que en cada servicio de salud se determine. Serán previamente objeto de negociación en las mesas correspondientes.

³ Regula en el Artículo 12, la “Planificación de recursos humanos.

1. La planificación de los recursos humanos en los servicios de salud estará orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación y capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios.

2. En el ámbito de cada servicio de salud, y previa negociación en las mesas correspondientes, se adoptarán las medidas necesarias para la planificación eficiente de las necesidades de personal y situaciones administrativas derivadas de la reasignación de efectivos, y para la programación periódica de las convocatorias de selección, promoción interna y movilidad.

3. Los cambios en la distribución o necesidades de personal que se deriven de reordenaciones funcionales, organizativas o asistenciales se articularán de conformidad con las normas aplicables en cada servicio de salud.

En todo caso, el personal podrá ser adscrito a los centros o unidades ubicados dentro del ámbito que en su nombramiento se precise.

Se prevé un contenido mínimo y otro potencial. Igualmente se prevé la notificación, que no la publicación, en la forma que determine el Servicio de Salud correspondiente; y la negociación previa, que no el acuerdo. Se define como instrumento básico afirmando el carácter de disposición general por la jurisprudencia, como veremos.

2.b) Artículo 26. Jubilación.⁴

2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años.

No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos.

No nos encontramos ya ante un derecho subjetivo a prolongar la jubilación, sino condicionado, a la necesaria capacidad funcional, a la autorización previa, a las necesidades de la organización, debidamente articuladas en el PORH. Se plantea la duda de si el PORH está obligado a recoger las necesidades de prolongación, de existir, y si puede ser impugnado por esa deficiencia.

3. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

3.a) Artículo 67.3.

⁴ 1. La jubilación puede ser forzosa o voluntaria.

3. Procederá la prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado, cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación.

Esta prórroga no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma, y su concesión estará supeditada a que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.

4. Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

“3. La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad.

No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.

De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación”.

Como vemos, los términos son contundentes, la jubilación se produce a los sesenta y cinco años de edad. Regla general, y además se refuerza por la frase “se declarará de oficio”, esto es, sin necesidad de solicitud alguna, lo que nos lleva a considerar que nos encontramos con un efecto automático.

La excepción queda supeditada a que se dicten leyes de la función pública (del Estado o de las CCAAS) de desarrollo del Estatuto que permitan, en los términos que establezcan, la prolongación hasta un máximo de 70 años. Nos encontramos ante una norma básica, vinculante para las CCAA.

De esta rigurosidad *solo se salvan los funcionarios que tengan normas específicas de jubilación.* Situación que se da en principio en el personal estatutario. La EM de esta ley sostiene que: *“En desarrollo de este Estatuto Básico, el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. Dichas leyes podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público”.*

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

III.A. Necesidad de una resolución motivada, tanto de la concesión como de la denegación de la prórroga, de conformidad con el PORH

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2010, recaída en el recurso de casación en interés de Ley número 18/2008.⁵

Esta sentencia es importante en relación con la prolongación en el servicio activo del personal estatutario de los Servicios de Salud, porque efectúa por vez primera una interpretación del artículo 26.2 de la ley 55/2003, por la que se aprueba el Estatuto Sanitario, y rechaza acoger la doctrina que se le reclamaba por el Instituto Catalán de Salud (en adelante ICS) en el sentido de que la denegación de la prolongación no necesitaba ser motivada. Sin embargo como veremos, tanto el TS como el TC han ido matizando esta inicial postura.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró el derecho de un médico a permanecer en servicio activo hasta la edad de setenta años. Para esta sentencia:

- el Plan tiene que haber sido aprobado previamente por él órgano competente.
- y debidamente publicado (lo que entiende no se da en el caso). En alguna sentencia de dicho TSJC se dice que la necesidad de publicación deriva de su naturaleza reglamentaria.
- que el concepto de necesidades del servicio o necesidades de la organización administrativa ciertamente forma parte de la potestad administrativa de autoorganización, pero es un concepto jurídico indeterminado, a concretar en cada caso.
- que, en razón de lo anterior, para el válido ejercicio de esa potestad no basta la mera cita de la norma habilitante, pues es necesario que sean expresadas las concretas razones de organización o de interés general que individualizan en cada caso ese concepto indeterminado para que el interesado pueda articular su reacción frente a ellas y hacer posible su control administrativo y jurisdiccional.

⁵ Ponente: Nicolás Maurandi Guillén.

- Y que esas necesidades tienen que estar reflejadas, expresadas o recogidas en un Plan de ordenación de recursos humanos que cumpla con todos los requisitos que establece el artículo 13 del antes mencionado Estatuto Marco.

Para el ICS del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 resultan estos cuatro requisitos en orden a la decisión de la prolongación:

- (1) la capacidad funcional del interesado para el ejercicio profesional;
- (2) la intervención preceptiva del ICS para autorizar la prórroga;
- (3) la existencia de necesidades en la organización que no permitan esa prolongación; y
- (4) el reflejo de esas necesidades en el correspondiente Plan de Ordenación de recursos humanos.

La principal cuestión es determinar si el acto denegatorio de la autorización de la prolongación en el servicio activo exige fundarse en unas necesidades de la organización que obligatoriamente estén recogidas en un Plan de ordenación de recursos humanos que haya sido previamente aprobado.

El ICS solicita que se fije como doctrina legal la siguiente declaración:

“1º.- La denegación de la solicitud de prórroga en el servicio activo prevista en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no requiere la existencia de un plan de recursos humanos. Este plan sólo es legalmente exigible para excepcionar el mandato legal de jubilación forzosa a los 65 años.

2º.- La introducción en el plan de ordenación de recursos humanos del servicio de salud de las medidas necesarias para conseguir la estructura de recursos humanos que se considere adecuada (cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional) previstas en el último inciso del artículo 13.1 de la Ley 55/2003 tiene carácter potestativo.

3º.- La publicación de un edicto en el diario oficial de la Comunidad Autónoma que co-

munica la puesta a disposición del plan de recursos humanos en las sedes de los diferentes servicios de personal de los hospitales y de las unidades de recursos humanos de las gerencias territoriales del Servicio de Salud, así como su inclusión en la página web del Servicio cumple los requisitos de publicación y notificación establecidos en el artículo 13.2 de la Ley 55/2003”.

Dicho recurso sostiene que la sentencia recurrida es gravemente dañosa y errónea, tal y como exige el artículo 101 de la Ley jurisdiccional (LJCA) para que pueda prosperar esta modalidad de casación.

Y para justificar esos reproches se aducen estas cuatro razones:

(1) una interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 55/2003 del EM/PESS, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. De este precepto de desprende una regla general, que es la jubilación a los sesenta y cinco años, y una excepción, que es la prolongación en el servicio activo hasta los setenta, y que de ello debe derivarse que la aplicación de esa regla general (mediante la denegación de la prolongación) no exige ninguna justificación especial, mientras que, por constituir la excepción, la que sí la exige es la autorización de la prolongación hasta los setenta años. La justificación por necesidades en el marco del Plan para lo que la establece es para autorizar la prolongación en el servicio activo.

(2) una indebida coartación de la capacidad autoorganizativa de la Administración;

(3) una exigencia de requisitos al Plan de ordenación de recursos humanos que va más allá de los que se establecen en el artículo 13 de esa Ley 55/2003; la necesidad de justificar la ausencia de necesidades en el servicio a través del Plan no figura en dicho precepto. Es cierto que contempla como elementos del Plan los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados, pero no lo es que imponga la necesaria inclusión de las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, pues, respecto de estas el precepto dice: “*Podrán establecer las medidas necesarias para conseguir dicha*

estructura ...”.

(4) no haber tenido en cuenta que ese Plan se hizo público en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña y en página web de la Institución correspondiente.

Además afirma que sí existía un Plan de Ordenación de recursos Humanos y, además, fue publicado tanto en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña como en la web de aquella entidad.

La sentencia del TS rechaza el recurso en base a las siguientes razones:

- **Necesidad de pronunciarse motivadamente.**

Ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación *en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*; es decir, dicho artículo 26.2 establece **un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse (para establecer si tal resolución ha de ser favorable o contraria a la solicitud del funcionario), mas no faculta para decidir libremente la denegación sin necesidad de una motivación sobre ella.**

Pero si esa literalidad resultara dudosa, el interrogante debería resolverse mediante una interpretación sistemática del precepto de que se viene hablando que lo pusiera en relación con la regulación que sobre esta misma materia se haya establecida en **la legislación general de la función pública**, que estuvo constituida por el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función pública y, actualmente, por el artículo 67.3 del Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que no deja ninguna duda sobre que la Administración tiene **que motivar su decisión sobre la prolongación solicitada, y tanto para aceptarla como para denegarla**; y sobre esta Ley 7/2007 debe recordarse, por un lado, que es también aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud (según dispone su artículo 2.3) y, por otro, que sus disposiciones constituyen bases del régimen estatutario de los funcionarios al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la

Constitución (así lo establece su disposición final primera).

La conclusión final que se extrae de todo lo anterior es, pues, que esa prolongación en el servicio activo, regulada en el artículo 26.2 de la Ley 22/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, **es un derecho subjetivo del funcionario, pero un derecho que no le es reconocido de manera absoluta sino, por el contrario, condicionado** a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; y que **recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación.**

Parece desprenderse de esta resolución que existe discrecionalidad de la Administración a la hora de incluir o no en el PORH la justificación de la denegación de la prórroga, pero que una vez introducida nace ya el derecho del interesado a que se justifique por la Administración que se da la circunstancia o no en el caso concreto.

- **No se vulnera la capacidad autoorganizativa.**

Tampoco acoge la sentencia la alegación de **indebida coartación de la capacidad autoorganizativa de la Administración** porque no cabe atribuir a esta el significado que para ella se pretende por la entidad pública recurrente.

Tal potestad, frente a lo que parece sostenerse, no habilita a la Administración a que **libremente establezca los términos con que debe motivar las resoluciones que dicte sobre las solicitudes de prolongación en el servicio activo**, pues a lo que está dirigida es a otra cosa. **Lo que significa esa autoorganización es una amplia libertad de la Administración para acotar las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa y para establecer una prioridad entre ellas, como también para elegir las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades.**

Y siendo este el recto sentido de la potestad administrativa de autoorganización, debe decirse que la sentencia recurrida no lo ha ignorado, porque, a los efectos de la motivación que impone para las denegaciones de la prolongación en servicio solicitada por los funcionarios, **no predetermina ni tasa esas necesidades**, lo que establece es que sólo podrá considerarse válida la denegación cuando esta haya sido apoyada en unas concretas necesidades **que hayan sido recogidas en un Plan de ordenación de recursos humanos previamente aprobado (sobre cuyo contenido tampoco pone límites a la Administración).**

Tampoco hay una indebida aplicación del artículo 13 de la Ley 55/2003 por lo siguiente: **una cosa es respetar la libertad de la Administración para incluir o no en el correspondiente Plan de ordenación de recursos humanos las medidas que se juzguen necesarias a fin de lograr la estructura de recursos humanos que haya sido elegida**, y otra distinta es que, respetando esa libertad, se declare (como viene hacer la sentencia recurrida) que la denegación de prolongación en el servicio activo aquí controvertida requería para su validez que estuviera justificada en las necesidades de organización articuladas en un Plan previamente aprobado.

- **Comentario de esta sentencia.**

La sentencia resuelve sobre la necesidad de la existencia y publicidad del Plan de Ordenación de Recursos Humanos; deja una amplia libertad discrecional para delimitar su contenido, esto es, las necesidades estructurales de la Administración; exige la motivación tanto de la prolongación, como de la no prolongación (aun cuando la primera difícilmente sería combatible en vía contenciosa, al ser positiva, por falta de interés legítimo de los posibles recurrentes, aunque la exigencia de motivar la prórroga pudiera abrir a posibles interesados en la plaza el recurso contencioso).

Sin embargo, sigue existiendo una duda no resuelta por la sentencia, la naturaleza de dichos Planes, pues su carácter ordinamental, parece inclinar la balanza a la naturaleza reglamentaria, que determina nada menos

que el derecho a la prolongación. Sin embargo afirmar la misma, de lo que la Ley llama “*instrumento*”, significaría la posibilidad de su impugnación indirecta, y en ese caso podrían impugnarse sus previsiones por irreales o insuficientes. Como veremos la posibilidad de impugnación indirecta, y en consecuencia la afirmación de la naturaleza reglamentaria del plan, parece admitirse implícitamente en algunas sentencias del TS.

No me parece afortunada sin embargo la **referencia al artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público**, pues los términos del párrafo uno y dos son más taxativos en permitir a la legislación de desarrollo, en los términos que establezca, la determinación de la excepción. Entiendo que dichos apartados no afectan a los médicos del Servicio de Salud pues son funcionarios estatales con regulación especial, precisamente la del Estatuto Sanitario, que en principio es más favorable, como se prevé en su E.M.

III.B. Exigencia de PORH debidamente aprobado y publicado. Inexistencia del mismo en 2004 en Cataluña

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, de 28-2-2011, rec. 5002/2008 ⁶.

Confirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Cuarta) del TSJ de Cataluña, interpuesto por Convergencia Estatal de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios que anuló una denegación de jubilación de un médico ante la inexistencia de un PORH válido y publicado. La Sala entiende que no se habla en el edicto de una aprobación de un plan de recursos humanos, sino de la presentación a la Mesa de un documento que recoge la metodología que habrán de seguir los planes de recursos humanos, que es algo diferente.

Por lo tanto, la existencia del Plan de Ordenación de Recursos humanos y no de cualquier otro texto, **es preceptiva para poder determinar las causas que justifican que, por necesidades de la organización, se pueda denegar la solicitud de concesión de prórroga en la edad de jubilación hasta alcanzar los 70 años. Es en dicho Plan donde deben estar**

⁶ Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente.

expresamente mencionadas las necesidades de la organización, como se vuelve a reiterar, a efectos de que puedan ser la justificación, la fundamentación, la explicación, en definitiva, de la denegación de la prórroga.

Es evidente, pues, que las potestades de la Administración Pública litigantes, que, en el ámbito de sus **facultades de autoorganización** y al servicio de una mayor eficacia funcional adopta la decisión que ahora enjuiciamos, **debe preceptivamente basar la misma en las previsiones del mencionado Plan**, cuya aprobación previa es terminantemente obligatoria, **a efectos de que la denegación de la prórroga solicitada**, para que pueda ser debidamente justificada y avalada normativamente.

El TS analizando la valoración de la prueba hecha por el TSJ llega a la conclusión de la inexistencia de un PORH debidamente aprobado y publicado. Sostiene que el objeto del proceso era **directa y exclusivamente la impugnación de un plan de recursos humanos, que no era el que se alega por el ICS que se aprobó en junio de 2004 (fecha posterior al escrito de interposición del Recurso contencioso-administrativo) sino otro de abril de 2004.**

No se habla, pues, en el edicto de una aprobación de un plan de recursos humanos, sino de la presentación a la Mesa de un documento que recoge la metodología que habrán de seguir los planes de recursos humanos, que es algo diferente.

El Tribunal Supremo reitera después en numerosas sentencias la inexistencia de ese PORH del ICS de 2004, como en la S 17-3-2011, rec. 997/2009, 24 de marzo de 2011, rec. 697/2009⁷, 28 de febrero de 2011 (casación 5002/2008). En el mismo sentido las sentencias de 17 de marzo de 2011, recaídas en los recursos 423, 468, 873, de 2009 y 228, 4294, 394 y 4891 de 2008; Igualmente las sentencias de 24 de marzo de 2011, recaídas en los recursos 472, 691, 1641, 872, 829 y 1614, de 2009; 7 de abril de 2011, recursos 2640, 428 y 1642 de 2009; 14 de abril de 2011, recursos 537, 699, 2305, 4368, de 2009 y 6606/2010⁸. Sentencia de 18 de abril de 2011, recurso 696/2009⁹; S. 20 de abril de 2011, recurso 425, 429, 439, de 2009¹⁰. S. 28 de abril

7 Ponente: González Rivas, Juan José.

8 De todas ellas siendo ponente Don Juan Jose Gonzalez Rivas.

9 Ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

10 Ponente Jose Diaz Delgado.

de 2011, rec.540, 427 y 859 de 2009¹¹. S. 16-6-2011, rec. 6149/2010.¹² ; 18-4-2011, rec. 2643; 28 de febrero de 2011 (casación 5002/2008)¹³. Recurso Núm.: 540/2009; 28/04/2011. Recurso Núm.: 427/2009; 28/04/2011, Recurso Núm.: 850/2009.¹⁴

III.C. Naturaleza reglamentaria del Plan. Posibilidad de impugnación directa e indirecta. La matización. Derecho debilitado a la prórroga¹⁵

Sentencia de 15/02/2012 (Recurso Núm.: 2119/2011).¹⁶

Se impugna en este recurso de casación la sentencia de fecha veintidós de diciembre de dos mil diez, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto directamente contra la resolución que denegó al hoy recurrente la permanencia en servicio activo; **e indirectamente** contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de aprobación del Acuerdo Integral para la mejora de la calidad en el empleo del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, por el que se aprobó el PORH del Servicio Cántabro de Salud (Anexo III) y contra la Orden que regula el procedimiento de autorización.

Se admite implícitamente la **naturaleza reglamentaria** del PORH y la posibilidad de **impugnación indirecta**.

La Sentencia recurrida recuerda que el PORH :

«(...) analiza el número de profesionales que en la categoría del recurrente están próximos a cumplir los 65 años, el número de efectivos de la plantilla orgánica, el número de facultativos en las listas de selección de la categoría y los MIR que finalizan su formación a esas fechas. En atención a ello se concluye que se dispone de profesionales de la categoría para la cober-

11 Ponente Nicolás Maurandi Guillén.

12 Ponente: González Rivas, Juan José.

13 Ponente Pte:Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

14 Ponente Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.

15 Reiterada por las sentencias de la sec. 7ª, S 15-2-2012, rec. 1234/2011, S 9-3-2012, 1247, 1578, 1579/2011, s.16-3-12, rec.1360; 20-3-12, rec.366/11; 27-3-12 2473, entre otras posteriores..

16 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

tura de plazas que van a quedar vacantes por próxima jubilación.

Examina la supuesta vulneración de los artículos 13 del Tratado CE y Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre (arts. 6 y 10) y art. 14 de la Constitución Española, que consagran el derecho de no discriminación por razón de edad. Y recuerda lo dicho por el TS en la Sentencia de 2 de marzo de 2010, rec. 523/08. ...En dicha resolución se partía de «la vigencia y aplicación al personal estatutario del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en cuanto norma posterior cuyas previsiones deben ser puestas en relación con las específicas y concretas determinaciones que para el mismo se contienen en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud». Concretamente, «del art. 2.4 del Estatuto Básico del Empleado Público conforme al cual “cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”. Quiere ello decir que el ámbito subjetivo del EBEP abarca también al personal estatutario al establecer criterios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público entre los se incluye expresamente a dicho personal, el cual, conforme a lo dispuesto en el art. 2.3 del EBEP, se regirá “por la legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas y por lo previsto en el nuevo Estatuto excepto el Capítulo II del Título III, relativo al derecho a la carrera profesional y la promoción interna, el art. 20, que regula la evaluación del desempeño y los artículos 22.3, regulador de las retribuciones básicas, 24, regulador de las retribuciones complementarias y el art. 84, que contempla la movilidad entre Administraciones Públicas [... materias...] propias y específicas del servicio público sanitario...” de forma que la relación estatutaria se configura como una relación funcional especial. Y si bien se afirmaba que la mayoría de las peculiaridades que contiene el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud no se contraponen a la nueva regulación del EBEP, incluso que se adelantaba, se concluía que si una misma materia se encuentra regulada por ambos instrumentos normativos, se aplicaría el Estatuto Marco en razón del principio de especialidad en tanto no entrara en contradicción con las previsiones del

EBEP. Por tanto, en caso de antinomia prevalece la norma general, «evitándose con ello la aplicación interesada en cada materia o condición de trabajo de la norma más favorable, ya sea funcional (EBEP) ya sea estatutaria (Estatuto Marco), configurándose la Ley 7/2007, de 12 de abril como norma de cabecera en la regulación del estatuto del empleado público, dentro del cual debe incluirse el personal estatutario». Todo ello con base en la Exposición de Motivos y en la Disposición derogatoria, apartado g), en cuanto deroga todas las normas de igual o inferior rango que se contradigan o se opongan a lo dispuesto en el Estatuto.

En segundo término aborda la citada sentencia el tema relativo a la vigencia diferida del EBEP a la vista de la disposición final cuarta en materia de carrera profesional, evaluación del desempeño, derechos retributivos y estructuración del empleo público, pues “sólo producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”, al igual que ocurre con las normas sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos, que siguen en vigor en cuanto no se opongan al EBEP y no se dicten las nuevas normas legales y reglamentarias de desarrollo de aquél (disposición final cuarta, apartado tercero).

Y al analizar la controversia relativa a la posibilidad de prórroga en el servicio activo del personal estatutario que haya alcanzado la edad de jubilación, la Sala considera que ambos textos ofrecen una regulación similar. Así, el art. 26.2 prevé que «la jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años. No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos». Por su parte, el art. 67.3 dispone que «la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad. No obstante, en los términos de las leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de

este Estatuto se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumplan setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación». Ambas precisan como requisito para dicha prolongación la autorización de la misma por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos, siendo, en definitiva, las Comunidades Autónomas las que deben decidir sobre el particular a través de sus respectivos servicios de salud, autorizando a los mismos tanto el Estatuto Marco como el EBEP a denegar o conceder de forma motivada la solicitud formulada al respecto por el interesado. Sin embargo, el EBEP anuda la entrada en vigor del art. 67.3 a ulteriores normas de desarrollo [...] No habiendo sido objeto el art. 67.3 del EBEP del oportuno y previsto desarrollo normativo, deben entrar en juego por aplicación del principio de especialidad las previsiones que al respecto establece el Estatuto Marco [...]», que en definitiva remite al Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

Y al abordar si el mismo reúne los requisitos establecidos en los artículos 12 y siguientes del Estatuto Marco, partiendo del respeto a la potestad autoorganizativa y considerado como instrumento básico de planificación global de los mismos dentro del servicio de salud, concluye que «cumple con las exigencias en cuanto a contenido establecidas en el art. 12 del Estatuto Marco, esto es, la planificación de dichos recursos humanos, orientada a su adecuado dimensionamiento, distribución, estabilidad, desarrollo, formación y capacitación, en orden a mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios, con planificación eficiente de las necesidades de personal y situaciones administrativas derivadas de la reasignación de efectivos y la programación periódica de las convocatorias de selección, promoción interna y movilidad, así como los cambios en la distribución o necesidades de personal.

»Conforme a lo dispuesto en el art. 13 del Estatuto Marco dichos planes de ordenación de recursos humanos deberán “especificar los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que consideren adecuados para cumplir tales

objetivos”, añadiendo además que podrán establecer “las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, especialmente en materia de planificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional”, previsiones éstas que en el supuesto que nos ocupan deben interrelacionarse con las que contiene el Acuerdo integral para la mejora de los servicios sanitarios.

»Efectivamente, el Anexo III de dicho Acuerdo, que contiene el Plan de recursos humanos, partiendo de un análisis de situación en el que se constata el envejecimiento de las plantillas, contempla como objetivo final la adecuación de dichos recursos a las necesidades de la actividad de prestación de los servicios sanitarios en orden a una mayor eficacia de aquéllos, objetivos que se concretan en a) la creación de empleo y renovación de plantillas; b) evita los costes por sustitución y guardias realizadas por personal distinto al staff habitual; c) reducir los índices de interinidad hasta alcanzar valores óptimos mediante un proceso extraordinario de consolidación del empleo; d) reducir las tasas de edad de la plantilla con el fin de conseguir una mayor eficacia en la prestación de la asistencia sanitaria.

»Es la Administración sanitaria quien, en el ejercicio de sus potestades de autoorganización, se ha marcado tales objetivos con respecto de los cuales no podría la Sala ejercer ningún tipo de reproche, salvo que se contemplaran actuaciones claramente arbitrarias o desproporcionadas, de tal manera que las discrepancias en cuanto a los objetivos y medios en aquel contenidos que realizan los facultativos que han solicitado la prórroga en el servicio activo son de índole subjetiva y no pueden prevalecer sobre las previsiones de un Acuerdo pactado entre Administración-Sindicatos, que goza, por tanto, del consenso de todos los afectados por el mismo, salvo que acrediten de forma efectiva que la denegación de la prórroga en el servicio activo en su concreto caso no se compadece con las necesidades del servicio.

»En consecuencia, y prescindiendo del análisis crítico de tales objetivos hemos de determinar si el Plan de Recursos Humanos contempla también los instrumentos y medidas para llevar aquéllos a cabo, debiendo indicarse que tales acciones se contemplan en el apartado 4, y en concordancia

con los objetivos que se pretenden alcanzar se señalan como tales: a) el proceso extraordinario de consolidación de empleo, tendente a evitar las situaciones de interinidad; b) la programación periódica de convocatorias de selección, promoción interna y movilidad para el personal estatutario del SCS; c) **desarrollo de la carrera profesional**; d) **puesta en marcha y aplicación inmediata, previo desarrollo procedimental del art. 26.2 y 3 del Estatuto Marco, con aplicación de la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años, a salvo de quienes se encuentren incluidos en las excepciones previstas en el Estatuto Marco**; f) puesta en marcha y aplicación del art. 26.4 del Estatuto Marco, **relativo a la jubilación parcial**.

...

»Efectivamente, el Plan de Recursos Humanos apuesta decididamente por una **renovación de plantillas, y reflejando el envejecimiento de las mismas**, especialmente en el HUMV, entiende que dicha situación incide negativamente en la asistencia global, ya que en lo que respecta al personal médico se produce una disponibilidad decreciente de plantillas médicas para guardias, con incremento continuo de exenciones de guardias médicas, acompañadas de las consiguientes contrataciones de sustitutos, lo que supone un coste económico añadido para el servicio de guardias y una precariedad de la actividad asistencial.

»No es ésta la única disfunción que la edad de la plantilla entraña, según las previsiones del Plan, sino que también “**conlleva altos índices de absentismo** con la consiguiente sustitución de los profesionales, lo que supone un alto coste económico para el SCS y una distorsión en la prestación del servicio”, índices de absentismo que fija el plan en un 6’6% por incapacidad temporal y una media de 14.800 días sustituidos.

»Como medida ahora cuestionada para hacer frente a tal situación el Plan de Recursos Humanos establece la **aplicación directa del art. 26 del Estatuto Marco, con jubilación forzosa del personal estatutario al cumplir los sesenta y cinco años de edad**, a salvo las previsiones del art. 26.2, referidas al supuesto de prórroga en el servicio activo que ahora nos ocupa y entiende que dicha medida contribuye a evitar las situaciones de interinidad y el coste económico de las sustituciones y guardias prestadas por personal

distinto del que forma parte del SCS.

»Frente a dicha situación constatada y con respecto de la cual no se realizan objeciones por parte de los recurrentes, ya que se parte de la existencia de empleo precario, entienden que la medida de jubilación forzosa no resulta adecuada para combatir el mismo, precisamente porque restringiendo la posibilidad de prórroga en el servicio activo se destruye empleo fijo ya que los profesionales a que nos referimos ostentan dicha condición en el SCS, objeciones éstas que no resultan de recibo, ya que el propio Plan **prevé un proceso extraordinario de consolidación de empleo interino**».

Al igual que en aquél recurso, se cuestiona la necesidad inmediata de dichas medidas ya que no se habría constatado un envejecimiento de las plantillas «lo que no se compadece con las propias previsiones del plan no enervadas mediante prueba en contrario, indicando que si bien la edad media del personal facultativo de Atención especializada es de 49’7 años, el 33% es mayor de 55 años y el 3% tiene 65 años o más, por lo que no puede minimizarse el problema de la edad de los facultativos y consecuente necesidad de adopción de medidas al respecto en orden a una mayor eficiencia del servicio.

»Por otra parte, y en ello asiste la razón a los facultativos recurrentes, resulta evidente que **no puede imputarse al envejecimiento de las plantillas el absentismo laboral**, ya que los datos ofrecidos por el Plan sólo reflejan las cifras globales del mismo, sin que en ningún momento se desprenda que son precisamente el personal estatutario y en el supuesto que nos ocupa, los facultativos de edad mas avanzada, los que incurran en dicha práctica».

Al margen de las circunstancias concretas del recurrente y en cuanto a la disminución del personal para guardias consecuencia del envejecimiento de la plantilla, la Sala estimó no era un hecho no resulta controvertido, sin perjuicio de que goce de este derecho, «lo que no resulta en absoluto óbice para enervar tal conclusión y sus negativas consecuencias.

»En consecuencia, la Sala entiende que sólo **partiendo de tales necesidades asistenciales de fomentar el empleo fijo evitando la interinidad, disminuir el coste de las sustituciones provo-**

cadadas por la menor disponibilidad para guardias de los facultativos que nos ocupan, puede acudir a la medida de establecer la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años con carácter general, pudiendo denegarse motivadamente la solicitud de prórroga en el servicio activo cuando las necesidades asistenciales así lo exijan.

»Ahora bien, el Plan de Recursos Humanos ha definido lo que debe entenderse por “necesidad asistencial”, de tal forma que en su apartado f) establece que en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.2 del Estatuto Marco se autorizará excepcionalmente y por el período de un año la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir los setenta años de edad, entendiendo por “necesidad asistencial” “la carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos al momento de la jubilación del solicitante. Las autorizaciones de prolongación de permanencia en el servicio activo así concedidas serán revisadas al año de su concesión y renovadas por un año si subsisten las circunstancias que dieron lugar a su concesión”.

»La Sala entiende correcto que sean las necesidades asistenciales la motivación sobre la que debe descansar la autorización o denegación de la prórroga así como el criterio objetivo para definir lo que debe entenderse por “necesidad asistencial” que el plan de recursos humanos ofrece, sin perjuicio de que el facultativo correspondiente acredite de forma fehaciente en el correspondiente proceso que existen necesidades asistenciales que justifiquen su permanencia en el servicio activo al no existir personal interino que pueda cubrir y desarrollar las funciones que venía desempeñando, debiendo, en consecuencia, analizarse y concretarse para cada facultativo que solicite la prórroga en el servicio activo si la autorización de la misma redundaría en unos mayores costes para el servicio por la necesidad de contratar interinos ante su indisponibilidad para guardias y demás circunstancias relativas al servicio que perturben o hagan éste menos operativo y eficaz, circunstancia ésta que no cabe alegar de manera genérica y que deberá pormenorizarse y acreditarse para cada caso concreto.

Como puede observarse, esta argumentación desestima todos los argumentos esgrimidos al afirmar que el Plan cuenta con las características exigibles (objetivos, efectivos y estructura

de los recursos adecuados para cumplirlos). Y en cuanto a la carencia de médicos, ésta no deja de ser una mera alegación del recurrente pues de los datos obrantes en el expediente y en los autos no se desprende este dato, cuando precisamente se cuenta con profesionales de la respectiva especialidad que pueden ocupar el puesto del recurrente. Y al margen de las consideraciones de mayor o menor acierto que pueda merecer el Plan y del cumplimiento o no posterior del objetivo perseguido para la adopción de esta medida, no cabe apreciar vicio de ilegalidad en el mismo.

Sostiene frente a la jurisprudencia del TJCE, sentencias de 19/01/2010 (asunto C-555/07 *Kükükdeveci*) y 12/01/2010 (asunto C-341/08, *Petersen*).

*Estas conclusiones se adecúan a la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión europea. La STJUE de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Kükükdeveci*, en relación a la compatibilidad de una normativa nacional con las directrices de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, recuerda que «el Consejo de la Unión Europea, basándose en el artículo 13 CE, adoptó la Directiva 2000/78, de la que el Tribunal de Justicia ha declarado que no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, principio que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, sino que únicamente tiene por objeto establecer, en esas mismas materias, un marco general para luchar contra la discriminación basada en diversos motivos, entre ellos la edad» y «el Tribunal de Justicia ha reconocido, dentro de este contexto, la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad que debe considerarse un principio general del Derecho de la Unión». Y añade que «el artículo 6 TUE, apartado 1, establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Según el artículo 21, apartado 1, de dicha Carta, “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de [...] la edad”».*

La STJCE DE 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, analizó precisamente la

extinción automática del contrato de trabajo por cumplir el límite de edad para jubilación forzosa fijado en 65 años, concluyendo que **la Directiva no se opone a una normativa nacional que exija, como único requisito, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva**, siempre que dicha medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo y que los medios empleados para lograr este objetivo no resulten inadecuados e innecesarios.

Posteriormente, **la STJUE de 12 de enero de 2010**, asunto C-341/08, Petersen, Analiza el establecimiento de un límite de edad para lograr determinados objetivos. Entre ellos, para preservar **el equilibrio financiero del sistema de salud pública, ámbito cuyo responsable es el Estado** y que, por definición, no se extiende al sistema de salud privado como fórmula para controlar el gasto del sector de la sanidad pública. Y al respecto afirma que «la disposición por la que se mantiene el límite de edad, en la medida en que está dirigida a prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social con el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de la salud, cuya comprobación corresponde al órgano jurisdiccional nacional, es compatible con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva».

Igualmente analiza si el límite de edad está justificado por un segundo objetivo dirigido a repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo a un profesional de la sanidad. Al respecto parte de la declaración ya realizada por el Tribunal de Justicia en relación a que «**la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros, apreciación evidentemente válida por lo que respecta a los instrumentos de la política del mercado de trabajo nacional con los que se pretende mejorar las oportunidades de inserción en la vida activa de ciertas categorías de trabajadores**» y que «una medida adoptada para favorecer el **acceso de los jóvenes al ejercicio de la profesión de dentista en el régimen de concierto puede considerarse una medida de política de empleo**». Y al analizar si se trata de un medio adecuado y necesario para lograr este

objetivo mantiene que «según la evolución de la situación del empleo en el sector de que se trata, no parece carente de sentido que las autoridades de un Estado miembro consideren que el establecimiento de un límite de edad, que conduce a que los facultativos de mayor edad abandonen el mercado laboral, pueda favorecer el empleo de profesionales más jóvenes». Finalmente concluye que ante una situación en la que exista un número excedentario de [determinados profesionales de la sanidad] o un riesgo latente de que se produzca tal situación, un Estado miembro puede considerar necesario establecer un límite de edad como el controvertido en el litigio principal para facilitar el acceso al trabajo de [profesionales] más jóvenes».

De hecho, la STJUE de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08, Wolf, admite edades como la de 30 años para la contratación en determinados servicios que requieren una capacidad física elevada.

Sostenía el recurrente en casación que la sentencia no había valorado la prueba propuesta por ella que **consistió en esencia en:**

- Plantilla del hospital universitario Marques de Valdecilla en la que constan 15 plazas jerarquizadas y 1 plaza de cupo creadas y dotadas de la especialidad de UROLOGIA.
- Listado de facultativos especialistas en UROLOGÍA que prestan servicios efectivos en dicho hospital una vez producida la jubilación del actor (9 facultativos en total), **permaneciendo 6 plazas vacantes.**
- Resumen estadístico de la actividad del actor y del servicio de Urología, en el que **se aprecia la lista de espera existente**, así como la importancia de la labor del actor.
- Extracto del estudio sobre necesidades **de médicos especialistas en el sistema nacional de salud, encargado por el ministerio de sanidad (con cuadro resumen del déficit de especialistas por especialidades médicas)**, en el que se hace constar el déficit de Médicos Urólogos comunicado por la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Añade que si la Sentencia de instancia hubiera valorado la prueba se habría extraído consecuencias distintas pues es evidente que de la misma se des-

prenden datos fundamentales, como la necesidad de médicos especialistas en UROLOGÍA, la existencia de vacantes en el servicio que no han podido ser cubiertas y la inexistencia de personal contratado para realizar guardias, la falta de sustitución de su mandante una vez jubilado, la constatación por el servicio cántabro de salud de un déficit grave de especialistas en UROLOGÍA.

Sin embargo el TS sostiene que..... la Sentencia de instancia analiza la cuestión jurídica controvertida; esto es, la existencia o no de **“necesidades asistenciales”** que justifiquen la autorización de la prolongación en el servicio activo del personal, tal y como esta ha sido **definida en el propio Plan de Recursos Humanos del SCS, esto es “carencia de personal sustituto detectada en los tres meses previos a la jubilación del solicitante”**, para valorar después la prueba obrante en el expediente y en los autos y llegar a la conclusión de que **existe personal sustituto suficiente** para proceder a la cobertura de las vacantes que se produzcan en la categoría y especialidad por jubilación.

Destaca en su oposición el Gobierno de Cantabria la importancia dentro de la documental obrante en el expediente administrativo del Informe de la Subdirección de Recursos Humanos del Servicio Cántabro de la Salud sobre la no existencia de necesidades asistenciales en la categoría de FEA UROLOGÍA (folios 24-26 del expediente), informe al que se está refiriendo la sentencia, por cuanto analiza el número de profesionales que en la categoría del recurrente están próximos a cumplir los 65 años, el número de efectivos de la plantilla orgánica, el número de facultativos en las listas de selección de la categoría y los MIR que finalizan su formación en esas fechas. De este modo los documentos a los que se refiere el recurrente son valorados en la sentencia recurrida de forma global por el Tribunal a quo, entendiendo que no acreditan la carencia de medios.

Una lectura conjunta de la sentencia recurrida nos permite **afirmar que la misma tuvo en cuenta toda la prueba practicada.**

En cuanto al fondo del asunto el recurrente sostiene que la Administración debe constatar mediante un plan de ordenación debidamente elaborado la inexistencia de necesidades de la organización, es decir, acreditar que sobran puestos de trabajo.

Afirma el recurrente que, siendo la denegación

de prórroga un **acto restrictivo o limitativo de derechos**, las normas de desarrollo del Estatuto Marco no pueden restringirla ni introducir otros requisitos para la concesión de la prórroga, debiendo ser interpretada la concurrencia de los requisitos para la denegación de forma restrictiva, además de motivar adecuadamente el acto de denegación de la prórroga.

En opinión del recurrente **el Plan de Recursos Humanos, y en consecuencia la Orden de la Consejería que lo desarrolla, incumplen dos de los requisitos citados**, la sentencia reconoce que no se ha constatado la falta de capacidad profesional del solicitante, para el ejercicio profesional, y que su capacidad debe presumirse.

El eje de la cuestión se traslada **al Plan impugnado indirectamente.**

Al respecto entendemos que la extensa argumentación del **motivo no se ajusta a lo que puede ser objeto de una impugnación indirecta, pues esta no puede convertirse en un análisis plenario de la norma indirectamente impugnada en todos sus contenidos, sino que debe centrarse en el concreto contenido de la norma, determinante en su aplicación del contenido del acto impugnado.** La impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado.

El motivo que analizamos, desfigura en gran medida el sentido integral del Plan, haciendo de la jubilación forzosa el centro de gravedad del mismo, para en función de esa valoración dar a pretendidos defectos del Plan de carácter general, que, en su caso pudieran tal vez haber sido objeto de su impugnación directa, el significado de bases condicionantes de la validez jurídica del establecimiento de la jubilación forzosa. **Tal planteamiento no lo podemos compartir, pues lleva con ello la impugnación indirecta más allá de sus límites adecuados, según nuestra citada jurisprudencia.**

Entendemos que ese pretendido derecho no se establece como tal en el Art. 26.2 de la Ley 55/2003, sino que se trata solo de una mera facultad, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, “en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.

Basta para evidenciarlo la simple comparación de lo dispuesto en ese precepto con la forma en que respecto a la prórroga del servicio activo hasta los 70 años se pronunciaba el art. 33 de la Ley 30/1984, modificado por el Art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo contenido no son propiamente fórmulas normativas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de derecho debilitado, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud.

No nos encontramos así ante una clave de ordenación normativa asentada en el establecimiento inequívoco de un derecho, (que late en la tesis del recurrente), sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga en los términos referidos. **Tal necesidad de justificación no puede convertirse en exigencia rigurosa trasladable al Plan de que éste haya de tomar como elemento de su ordenación el respeto de ese derecho, haciendo del mismo un eje del Plan, desde el cual deban, en su caso, enjuiciarse otros contenidos del mismo, para reclamar de ellos precisiones de detalle o justificaciones explícitas, innecesarias en razón de su inevitable generalidad.**

Es ahí, en esa transformación en autentico derecho, de una facultad, sometida al ejercicio de una potestad por la Administración, donde consideramos que se incurre en la exageración del planteamiento del recurrente a que nos referimos antes... el Plan, en cuanto base normativa del acuerdo singular recurrido, no es objeto de una impugnación directa, sino indirecta, **no puede pretenderse que, para aceptar los contenidos ordenadores del mismo con ocasión de la impugnación de un acto singular de aplicación, la Administración demandada deba soportar la necesidad de justificación de la adecuación a derecho del instrumento normativo que aplica. Este, en principio, vale jurídicamente, sin que, para admitir su valor, deba la Administración tener que justificar la corrección de sus contenidos.** Será, en su caso, la parte recurrente, la que, si considera que el plan no es adecuado a derecho, deba demostrar los vicios que le impute; pero no cabe partir, como en cierto modo e implícitamente hace el recurrente, de que la Administración, (que no es además la autora exclusiva del Plan, pues éste deriva de un pacto con los sindicatos), ante la impugnación de un acto aplicativo del Plan, y

ante una impugnación indirecta de éste, deba justificar la corrección jurídica de su contenido.

III.D. Denegación de prórroga de jubilación, admitida provisionalmente hasta la aprobación del POHR, de foma automatica a la entrada en vigor

Sentencia de la Sec. 7ª, S 28-11-2012, rec. 93 /2012¹⁷.

El TS anula las resoluciones que acordaron la jubilación forzosa del recurrente, personal estatutario en el Hospital Central de Asturias como jefe de cupo de cirugía general, y le denegaron la prolongación en el servicio activo. Las previsiones contenidas en el PORH y en la Instrucción de desarrollo que han sido impugnados por el recurrente no resultan contrarias a la Ley 55/2003, pero a distinta conclusión se llega cuando analiza los concretos actos administrativos que acordaron el cese efectivo del recurrente en la prolongación de la permanencia en el servicio activo ya que, tanto la resolución que puso fin a dicha prolongación y declaró su jubilación forzosa, como la del recurso de alzada, no sustentaron el cese del recurrente en la previa valoración y ponderación de las necesidades organizativas previamente definidas en el PORH, sino en el mero hecho de haber entrado en vigor dicho Plan, motivación claramente insuficiente (FJ 5).

Al recurrente, médico del Servicio de Salud de Asturias se le había concedido la prórroga de jubilación temporal hasta la aprobación del PORH y tras la aprobación de éste se le jubiló. Interpuesto recurso fue desestimado por el TSJ de Asturias ya que el mismo señalaba que *“Se declarará con carácter general la jubilación forzosa de todo el personal que actualmente cuente con más de 65 años de edad y tenga autorizada la prolongación voluntaria de permanencia en el servicio activo dado que dichas resoluciones de autorización estaban, en todo caso, condicionadas de conformidad a lo estipulado en el artículo 26.2, párrafo segundo de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, a las especificaciones del citado Plan de Ordenación de Recursos Humanos”*.

Aprobándose por la Dirección General del SES-PA la Resolución de 20 de noviembre de 2009, en la que se contienen las Instrucciones sobre jubila-

¹⁷ Pte: José Díaz Delgado, En el mismo sentido la S. De 13 de noviembre de 2012, Ponente: José Díaz Delgado, o 11 de diciembre de 2002 (ponente Vicente Conde Martín de Hijas).

ción, prórroga en el servicio activo y prolongación de permanencia en el servicio activo, estableciendo e la Disposición Transitoria Primera que *“Se declarará con carácter general y en el plazo de 15 días naturales, a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Resolución por la Dirección Gerencia del SESPA, la jubilación forzosa de todo el personal que en dicha fecha contase 65 años de edad y tuviera autorizada la prolongación voluntaria de permanencia en el servicio activo recogida en el art. 26.2 segundo párrafo del Estatuto Marco. No obstante, respecto de dicho personal, en aquellos supuestos en los que la Dirección Gerencia del SESPA entiende que concurren las circunstancias señaladas en la Instrucción Tercera, procederá tal y como se establece en la Instrucción Sexta de esta Resolución, a efectos de autorizar la prolongación voluntaria en el servicio activo”*.

El motivo que recogía el POHR para justificar la denegación era **“(…) la carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas”**. Tal interpretación resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 e imposibilita que se pueda apreciar el trato discriminatorio alegado por el recurrente.

En idéntico sentido a lo anteriormente razonado, se ha pronunciado la reciente sentencia de esta Sala y Sección de fecha **13 de noviembre de 2012** (recurso de casación num. 5887/2011) que señaló en su Fundamento de derecho séptimo que:

“(…) Pues bien, a juicio de la Sala esta previsión no es precisamente la mas conforme de las posibles con el principio de seguridad jurídica, sin embargo, partiendo de la base de que el Estatuto Básico del Empleado Público fija la edad de jubilación en 65 y que es la legislación de la Comunidad Autónoma la que podrá establecer previsiones de ampliación hasta los 70, el legislador comunitario tiene un amplio margen de discrecionalidad al optar por dicha prórroga y la previsión de que en cada caso habrá de motivarse razonadamente, por la “carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas”, la concesión o no de la prórroga, nos conduce a unas circunstancias objetivas, que puede conocer el interesado y que le proporcionan elementos ciertos que permitan la tutela judicial correspondiente.

Idénticos razonamientos son aplicables en relación con la previsión referida al personal que estuviera ya disfrutando de la prolongación voluntaria del servicio activo, cuyo cese efectivo requiere un

acto administrativo que deberá reunir idéntica motivación”.

Y si bien la consecuencia necesaria que se deriva de esta interpretación sistemática no nos permite entender que las previsiones contenidas en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos y en la Instrucción de desarrollo que han sido impugnados por el recurrente resulten contrarias a la Ley 55/2003, a distinta conclusión llegamos cuando analizamos los concretos actos administrativos que acordaron el cese efectivo del recurrente en la prolongación de la permanencia en el servicio activo ya que, en relación con éstos, no podemos compartir el pronunciamiento que alcanza la sentencia recurrida, toda vez que, tanto la resolución de 2 de diciembre de 2009, que puso fin a dicha prolongación y declaró su jubilación forzosa, como la del recurso de alzada promovido frente a aquélla, no sustentaron el cese del recurrente en la previa valoración y ponderación de las necesidades organizativas previamente definidas en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos **sino en el mero hecho de haber entrado en vigor dicho Plan**, motivación claramente insuficiente a la luz de lo anteriormente argumentado.

III.E. Médicos de Zona y de Cupo. Exclusión correcta

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 8-1-2013, rec. 1307/2012.^{18 y 19}

La Sentencia de instancia se basaba en sentencias del mismo TSJ²⁰ que estimaron el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución²¹ por la que se publicaba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del ICS, y declaró nulo de pleno derecho el apartado correspondiente del PORH de 16.7.2008, modificado posteriormente por

18 Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente. En el mismo sentido las sentencias de 8/01/2013, rec. 1307/, 1635, 1795, 207, 1697/12 (ponente: Vicente Conde Martín de Hijas); ss. 23/01/13, rec. 1900 (ponente Vicente Conde Martín de Hijas; S.26/02/2013, rec. 4337/11, ponente Nicolás Maurandi Guillen; ss. 5/03/2013, rec. 6300/2011, ponente Vicente Conde Martín de Hijas; 11/03/2013, 1634/2012, Ponente Jorge Rodríguez Zapata, y 4 de abril de 2013, rec. 1341/2012, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas.

19 Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 11-3-2013, rec. 1634/2012. Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge

20 Sentencia 630 de 23 de mayo de 2011, resolvió el recurso núm. 339/2009.

21 de 25 de junio de 2008.

Resolución de 2.9.2008.²² Al mismo tiempo sostenía que en cuanto a la condición del actor como médico especialista de cupo y zona (contingente) afirma con invocación del artículo 14 de la Constitución que se produce una discriminación por su vínculo jurídico con el ICS.

La justificación se encuentra en el citado POHR que contiene un Apartado 4 que se intitula “**Análisis de las Plantillas y justificación de las medidas incluidas en el Plan de Ordenación**”, cuyo punto 4.1.4 es del siguiente tenor:

«Presencia en la plantilla del ICS de categorías profesionales no integradas en el nuevo modelo asistencial de la atención primaria.

Integran la plantilla del ICS un total de 1.222 profesionales, que perciben sus retribuciones por el sistema de contingente y zona. Prestan sus servicios en categorías o especialidades propias de la atención primaria (médico de familia, pediatría, comadronas, practicantes, odontólogos, radioagnóstico neuropsiquiatría, análisis clínicos y ginecología y tocología) un total de 723 profesionales. Los 499 profesionales restantes son especialistas de contingente que prestan servicios en el ámbito de la primaria, en especialistas correspondientes a atención hospitalaria.

Hay que favorecer la integración de estos 723 profesionales en el modelo asistencial actual de la atención primaria, dado que este proceso permitiría la optimización de recursos humanos al favorecer la redistribución de las cargas de trabajo entre los profesionales de los equipos de atención primaria a que se integren. (El valor otorgado de forma convencional a la prestación sanitaria de los médicos de familia de contingente en el estudio de cargas de trabajo es equivalente al 60% de lo que se otorga a un médico de familia integrado en los EAP).

De igual modo hay que realizar todas las acciones posibles para favorecer la integración de los 499 especialistas de contingente que prestan sus servicios en los CAP II, al tratarse de especialidades que no forman parte de las que corresponden al modelo de atención primaria, mediante la integración de la especialidad correspondiente

en los hospitales respectivos de referencia.

Esta integración permite hacer homogéneas las condiciones de trabajo con las del resto de profesionales del ICS, así como mejorar la prestación de las especialidades al situarse dentro del ámbito organizativo de los servicios correspondientes del hospital de referencia con una mayor dotación de medios humanos y materiales para hacer frente a la atención sanitaria de la correspondiente especialidad.

La integración del personal de contingente permitiría también la generalización de las políticas de incentivación y de promoción profesionales de las que actualmente este personal está excluido (dirección por objetivos, carrera profesional y exclusividad) por el II Acuerdo de condiciones de trabajo de 19 de julio de 2006. La distribución territorial y por especialidades de este personal se presenta en las tablas y gráficos siguientes: (Tabla) ».

El recurrente sostiene que: el nuevo Plan no puede ser aplicado por la resolución impugnada, que declara al actor en situación de jubilación, ya que éste disfrutaba de una prórroga en el servicio activo autorizada con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo PORH, resultando su mantenimiento en **activo un derecho consolidado** que debe ser respetado. Alega el principio de **irretroactividad de los actos administrativos está regulado en el artículo 57 de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre. El ICS sostiene que no existe retroactividad, pues es bien conocida la jurisprudencia que establece que el funcionario tiene un régimen de prestación de servicios **de carácter estatutario, regulado normativamente y por tanto modificable** por los mismos procedimientos normativos, sin que haya un derecho del personal estatutario a mantener congelado su régimen jurídico de prestación de servicios en los mismos términos en que se encontraba al iniciar su relación de trabajo.

Reitera que la sentencia impugnada comete el error, dicho en términos de defensa, de considerar que el mantenimiento en el servicio activo más allá de los 65 años **constituye un derecho consolidado del recurrente**, cuando, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sala ya mencionada, la edad de jubilación, y por tanto el mantenimiento en el servicio activo, no es más que **una expectativa**, pero no un derecho consolidado.

El artículo 57 de la Ley 30/1992, relativo a la

²² Este Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación número 4462/2011, y en la sentencia de 7 de noviembre de 2012, dictada en el recurso de casación número 4586/2011, ha confirmando la validez del PORH.

retroactividad de los actos administrativos. La Sentencia de instancia no tomó en consideración el artículo 57 de la Ley 30/1992. La Sentencia de instancia entendió que se estaba aplicando, tal y como señala la parte actora, el Plan de forma retroactiva a una situación ya resuelta, y ello aunque la Administración invocara que ya se advertía que la autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo era provisional. **El precepto al que alude el recurrente en casación para justificar su recurso, no fue oportunamente invocado en el proceso o considerado por la Sala sentenciadora, por lo que constituye claramente una cuestión nueva**, que no fue oportunamente alegada en la instancia, y sobre la que, por tanto, no ha podido pronunciarse la Sala a quo. Tal cuestión nueva no puede servir como fundamento de un motivo de casación.

En el segundo motivo de casación denuncia la administración que la sentencia de instancia vulnera el art. 207.2 ° y 3° LEC, **al justificar la falta de cobertura de la resolución administrativa en el pronunciamiento de unas sentencias de esa misma Sala, núm. 630 y 631, de 23 de mayo de 2011, (recursos num. 339/2009 y 210/2009, respectivamente) y núm. 679, de 1 de junio de 2011 (recurso núm. 2217/2008), cuando estas sentencias no son firmes, al haberse presentado recurso de casación contra cada una de ellas .**

Para el TS **la sentencia recurrida no se sustenta en una suerte de ejecución provisional de una sentencia que entonces no era no firme, sino en la constatación de que el vicio que determinó la nulidad del Plan de Ordenación de Recursos Humanos se transmitía y afectaba también al acuerdo por el que se jubilaba al recurrente.**

Concluye que queda acreditado que apartados no anulados provisionalmente del PORH sí dan cobertura normativa suficiente a la decisión del ICS de considerar que no tiene necesidades en su organización que justifiquen la continuidad en el servicio activo del demandante más allá de la edad general de jubilación forzosa.

En el cuarto motivo plantea el Instituto Catalán de la Salud que se ha infringido el art. 26.2 de la Ley 55/2003, al considerar que dicho precepto impide excluir de la posibilidad de prórroga en el servicio activo al personal sometido al régimen de cupo y zona.

En palabras del recurrente es evidente que dicho artículo no establece ninguna restricción en cuanto a la determinación del personal cuyo mantenimiento

en servicio activo más allá de la edad general de jubilación forzosa pueda ser considerado o no necesario por el servicio de salud.

Afirma que serán las necesidades del servicio de salud las que lleguen a determinar qué personal puede o no seguir en activo más allá de la edad general de jubilación a los 65 años, sin que se pueda “ab initio” excluir ningún colectivo de ninguna medida a este respecto, ni para excluirlo de la posible autorización pero tampoco para excluirlo de una eventual denegación, como afirma la sentencia impugnada.

Afirma que si el PORH correspondiente, como es el caso, justifica sobradamente en términos de eficiencia, eficacia y en coherencia con los objetivos en el establecidos, que no es necesaria para la organización la continuación en el servicio activo más allá de la edad general de jubilación forzosa del personal que presta sus servicios en el régimen de cupo y zona, la decisión del servicio de salud de denegar dicha prórroga no supone un incumplimiento al art. 26.2 de la Ley 55/2003, sino todo lo contrario, ya que está condicionando su decisión a las necesidades de la organización, articuladas en el marco de un PORH.

Sostiene que en virtud de su potestad autoorganizativa, corresponde a la Administración determinar las necesidades de su servicio de salud, y salvo que éstas sean manifiestamente arbitrarias o irracionales, los tribunales de justicia no pueden intervenir en su determinación.

Indica que de acuerdo con el art. 26.2 de la Ley 55/2003 y según la interpretación dada al mismo por este Alto Tribunal en las mencionadas sentencias, el personal estatutario tiene derecho subjetivo a la prórroga en el servicio activo, pero este derecho subjetivo no es absoluto, sino condicionado a las necesidades de la organización, que deben estar motivadas por la organización en un PORH.

Apunta que en la sentencia de 13.10.2010, este Alto Tribunal ha manifestado que la capacidad autoorganizativa de la Administración “*es una amplia libertad (...) para acotar las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa y para establecer una prioridad entre ellas, como también para elegir las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades.*”

Reitera que a lo largo del apartado 4.1.4 del PORH se exponen diversas circunstancias derivadas del mantenimiento del régimen específico del perso-

nal de contingente y zona, sin que hayan sido ni tan sólo puestas en duda, no ya por la demanda, sino ni siquiera por la sentencia impugnada.

Destaca la Administración que figura cómo el valor otorgado de forma convencional a la prestación sanitaria de los médicos de contingente en el estudio de las cargas de trabajo es equivalente al 60% del que se otorga a un médico integrado en los equipos de atención primaria.

Argumenta que la jubilación del personal de contingente y zona, con una dedicación asistencial efectiva de tan sólo 12'5 horas semanales, permite que su plaza pueda ser transformada en una plaza a ocupar por un facultativo sometido al régimen establecido en el Decreto autonómico 84/1985, y por tanto, con una dedicación semanal de 36 horas.

Concluye afirmando que son evidentes las razones de racionalización de los recursos humanos de la organización sanitaria en términos de eficiencia y rentabilidad expuestos en el PORH, que justifican, en los términos del art. 26.2 de la Ley 55/2003, la ausencia de necesidades en la organización para la continuidad en servicio activo del personal de contingente y zona más allá de la edad general de jubilación forzosa, y por tanto, su exclusión de la posibilidad de obtener dicha prórroga.

La respuesta a la cuestión planteada en el actual motivo está íntimamente ligada y condicionada por la interpretación que del citado artículo 26.2 de la Ley 55/2003 hemos hecho en nuestra reciente **Sentencia de fecha 8 de enero de 2013**, dictada en el Recurso de casación num. 207/2012, seguido entre las mismas partes, de ahí que la remisión a los argumentos de la misma, sin necesidad de reiterarlos aquí sea suficiente para la decisión del presente motivo

En los Fundamentos de Derecho Undécimo y Duodécimo de la citada sentencia se aborda la interpretación del art. 26.2 de la Ley 55/2003 en términos que deben darse aquí por reproducidos, que conducen, en síntesis, a la afirmación de que **dicho artículo no establece un derecho incondicionado de prórroga del servicio activo hasta los 70 años; que tampoco establece el que, otorgada la prórroga, ésta debiera alcanzar necesariamente hasta esa edad, ya que la cláusula limitativa de la prolongación en el servicio activo del recurrente en dicha sentencia examinada era conforme a derecho; y que dicha cláusula limitativa no suponía una aplicación retroactiva del PORH al que se refería.**

Exigencias de unidad de doctrina, inherentes a los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), imponen aquí reiterar ese criterio interpretativo del art. 26.2 cuestionado. Partiendo de esa base, y puesto que la estimación del recurso num. 207/2012 ha determinado la subsistencia de la cláusula limitativa de la prolongación de la situación de servicio del Sr. Daniel y que en el momento de dictar el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la resolución que en el presente proceso se impugna se ha aprobado el PORH al que la referida cláusula limitativa aludía; y que en la valoración de las necesidades organizativas expresadas en dicho PORH (cuya validez, pese a la inicial anulación por la Sala a quo ha sido convalidada en nuestras sentencias citadas más detrás) se prevé la jubilación forzosa respecto a la situación en la que se encuentra el Sr. Daniel, es visto que la resolución que éste impugna, en contra de lo apreciado en la sentencia recurrida, resulta plenamente ajustada al art. 26.2 de la Ley 55/2003 y al referido PORH. Por ello debe estimarse el motivo que analizamos y por ende el recurso de casación con la consecuente anulación de la Sentencia recurrida.

III.F. Tribunal Constitucional Pleno, A 23-4-2013, rec. 6611/2012

1. Resumen

El TC considera que la Ley catalana de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas de 2012, al regular la jubilación del personal sanitario en Cataluña, no vulnera la Constitución. La Administración autonómica podrá valorar y determinar, como excepción a la norma general que establece la jubilación forzosa a los 65 años, la posibilidad de autorizar una prórroga laboral hasta un máximo de 70 años, pues lo contrario supondría impedir al legislador autonómico la valoración de las necesidades de interés general sobre las que tiene competencia (FJ 5 y 6).

2. Contenido del Auto

a) Objeto:

Mediante Auto de 24 de octubre de 2012, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y

administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

3. Antecedentes de la cuestión:

a) El recurrente en el proceso a quo, médico con nombramiento estatutario fijo solicitó el 20 de julio de 2010 y antes de cumplir 65 años la autorización para continuar en servicio activo al amparo de lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Solicitud que fue denegada por el Director Gerente del Instituto Catalán de Salud, denegación confirmada mediante desestimación expresa del recurso de reposición interpuesto por el interesado.

b) Contra ambas resoluciones se interpuso en tiempo y forma recurso contencioso-administrativo, solicitándose en el otrosí la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida a fin de permitir al recurrente continuar en el servicio activo. Mediante Auto de 14 de octubre de 2011, confirmado por otro posterior de 30 de noviembre de 2011, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña **acordó suspender la ejecución** de la resolución administrativa impugnada y, en consecuencia, autorizar al recurrente a continuar en el desempeño del puesto que ocupaba.

c) Mediante resolución de 24 de abril de 2012 el Director Gerente del Instituto Catalán de Salud acordó resolver la autorización de prolongación del servicio activo y declarar la jubilación forzosa del recurrente con efectos de 31 de mayo de 2012, al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria Novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos. Planteadas demandas incidentales solicitando la nulidad de dicha resolución administrativa, la misma fue estimada por Auto de 20 de junio de 2012, confirmado por otro posterior de 18 de julio de 2012, que no sólo declaró la nulidad de la resolución de 24 de abril de 2012 sino que, a instancia del Instituto Catalán de la Salud, tuvo por formulada

solicitud de modificación de las medidas cautelares inicialmente adoptadas.

d) Pendiente de resolver el citado incidente de modificación de las medidas cautelares el órgano judicial dictó una providencia el 25 de julio de 2012 por la que confiere a las partes y al Ministerio Fiscal la posibilidad de formular alegaciones sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, atendida la distribución competencial de los arts. 149.1.18, 17, 16 y 13 CE, pues es relevante para la resolución sobre la modificación de la medida cautelar solicitada determinar si debe prevalecer la disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 (interpretada en la misma línea que la disposición adicional decimotercera de la misma norma) o el art. 26.2 de la Ley 55/2003, que tiene carácter básico y que es la que propugna el recurrente, “en tanto que la redacción de aquella norma autonómica no es coincidente con la norma básica estatal”. Igualmente, “teniendo en cuenta la incidencia de la planificación de la jubilación que afecta tanto a la planificación general de la actividad económica, por ser las retribuciones de los funcionarios en activo un gasto de personal, como a la caja única de la seguridad social, a partir del momento en que se declara la jubilación del personal estatutario-en este caso forzosa- y partiendo de que el desarrollo normativo de las leyes básicas ha de ser acorde con las mismas, procede también conceder la misma audiencia de diez días al Abogado del Estado y al Letrado de la Seguridad Social, a fin de que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad”.

La anterior providencia fue complementada por otra de 27 de julio de 2012 por la que se acuerda notificar la providencia anterior al Letrado de la Generalitat de Cataluña, con reapertura del plazo inicialmente concedido a todas las partes para formular alegaciones. La parte actora solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y en el mismo sentido se pronunciaron el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Seguridad Social. Por el contrario, el Instituto Catalán de la Salud, el Abogado del Estado y la Abogada de la Generalitat de Cataluña se opusieron al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

e) El órgano judicial dictó Auto de 24 de octubre de 2012 por el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la dispo-

sición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo ²³, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, “por entender que no respeta la normativa básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución, en concreto el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco de los Servicios de Salud”.

f) En cuanto al contenido del Auto de promoción importa destacar lo siguiente: Tras exponer los hechos de los que trae causa la presente cuestión el órgano judicial formula el juicio de relevancia señalando que el debate trabado tiene su razón de ser en el incidente de modificación de medidas cautelares promovido por el Instituto Catalán de Salud. Respecto a la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en este momento procesal el Auto alude a la doctrina del ATC 467/2007 que entiende aquí de aplicación. Señala que, en este caso, concurre la circunstancia de que la norma cuestionada afecta al caso, ya que, por un lado, la decisión del Instituto Catalán de la Salud, revocando la inicial medida cautelar, se acordó en cumplimiento de lo dispuesto en la norma que se cuestiona y, por otro, la resolución del incidente de modificación de medidas cautelares planteado por el Instituto Catalán de Salud, se basa en la aplicación de la Disposición Transitoria Novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, en cuanto que se trata de una norma imperativa y de obligado cumplimiento para todas las autorizaciones ya concedidas. Seguidamente se descarta la alegación del Instituto Catalán de Salud en relación

con el indeseable efecto de paralización de otros procesos que podría provocar la admisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues la doctrina citada se refiere a los casos en los que el Tribunal Constitucional estima que una cuestión de inconstitucionalidad es manifiestamente infundada.

(...) Señala también el Auto de planteamiento, aludiendo a la doctrina del Tribunal Supremo, que estamos *ante un derecho subjetivo del funcionario pero que no le es reconocido de manera absoluta sino condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio, recayendo sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas*. El Auto se refiere seguidamente a las **competencias autonómicas en la materia, reconocidas en el art. 136.a) y b) EAC, que han de interpretarse de conformidad con la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 82, así como a la doctrina de la STC 172/1996, de 31 de octubre, para** indicar que la duda de constitucionalidad que plantea no se refiere a la falta de concordancia literal de las normas estatales y autonómicas, sino a la razón de fondo por la cual el órgano judicial entiende que la norma autonómica “pudiera no respetar el sentido y alcance que se desprenden del contexto sistemático y de la finalidad como norma básica”. Añade el órgano judicial que no se cuestiona la competencia de la Generalitat para legislar en materia de función pública, atendiendo a sus propios intereses, sino averiguar si tales intereses tienen o no cabida en los que persigue la norma básica. En ese sentido el órgano judicial indica que una comparación del texto de la Ley 55/2003 y de la disposición transitoria novena evidencia, de entrada, que esta norma autonómica **ha eliminado la referencia al plan de ordenación de recursos humanos, instrumento definido en los arts. 13 y concordantes de la Ley 55/2003**.

Descarta la Sala al respecto que, frente a lo alegado por el Instituto Catalán de la Salud, sea de aplicación lo dispuesto en el art. 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público por la especificidad, tanto del art. 26.2 de la Ley 55/2003 como del propio personal estatutario y de la regulación de los servicios sanitarios autonómicos, señalando que la clave reside en que la exigencia de que la denegación o autorización de la prolongación del servicio activo se haga “**en función de las necesidades de la orga-**

23 Disposición Transitoria Novena. Prolongaciones al personal funcionario de la Administración de la Generalidad y al personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud

Durante los tres años siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, no se autorizan prolongaciones al personal funcionario de la Administración de la Generalidad y se resuelven las prolongaciones ya autorizadas en el plazo máximo de seis meses, salvo que sea necesario para causar derecho a la pensión de jubilación o en caso de que, excepcionalmente, el Gobierno considere que es preciso autorizarlas o mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos. Asimismo, las prolongaciones ya autorizadas del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud deben resolverse en el plazo de seis meses, salvo que sea necesario para causar derecho a la pensión de jubilación o en caso de que, excepcionalmente, el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos.

nización articuladas en el marco de los planes de ordenación de los recursos humanos” haya sido respetada por la normativa autonómica. Comparando la redacción del precepto cuestionado con la del art. 26.2 de la Ley 55/2003 el Auto llega a la conclusión que la norma cuestionada convierte en excepcional lo que en el art. 26.2 es norma general o derecho subjetivo para admitir la prórroga del personal en dos casos, de los que considera relevante el segundo (cuando “el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos”) límite relativo a la planificación de los recursos humanos para lo que hay que valorar todo un conjunto de elementos con el fin de adecuar las dotaciones de personal a las necesidades asistenciales o de prestación del servicio sanitario a la población. En definitiva el Auto estima que la Ley 55/2003 exige por razones de legalidad y seguridad jurídica que cualquier organización y racionalización de recursos humanos obedezca a un instrumento, el plan de ordenación de recursos humanos, que no sólo es la herramienta que garantiza una organización racional y eficiente, sino que también justifica, en lo que ahora interesa, la autorización o denegación de la prórroga en el servicio activo de aquel personal que pretenda ejercer este derecho subjetivo reconocido en el art. 26.2 de la Ley 55/2003.

Distinto es el tenor de la **disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012**, en tanto que se refiere a una eventual autorización que ha de ser consecuencia de **una actividad de planificación y organización de recursos humanos**, pero omite la mención a los planes de ordenación de los recursos humanos que son los que establecen las directrices para organizar el servicio público sanitario, omisión que viene confirmada por la aplicación que la Administración ha hecho de la disposición cuestionada. Alude el Auto a la regulación de la Ley 55/2003 en relación con los planes de ordenación de los recursos humanos para reiterar que, frente a ello, la norma cuestionada se remite a unos conceptos y causas ambiguos e indefinidos, pues no resulta expreso que sean derivadas de la “planificación y racionalización de recursos humanos” y pueden responder a otros intereses distintos de aquellos que permiten conciliar el derecho subjetivo del funcionario a permanecer en el servicio activo con la necesidad de la organización

asistencial, que es la finalidad perseguida por el art. 26.2 de la Ley 55/2003. Al mismo tiempo, contiene una norma temporal y excepcional que limita la prolongación en el servicio activo. Tras hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010 en la que se descartó la adopción como doctrina legal del criterio propuesto por el Instituto Catalán de Salud en el sentido de que la existencia del plan de ordenación era solamente exigible para acordar la prórroga, no para su denegación, señala que, aún en el caso de que la actividad administrativa que impone la disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 se amparase en la potestad organizativa, constituiría un exceso completamente injustificado en atención a la realidad y presupuesto de la acción jurisdiccional ejercitada, teniendo en cuenta que afecta también a un derecho subjetivo esencial de la relación funcionarial como es la pérdida de la condición de funcionario.

En este sentido, la Sala promotora de la cuestión entiende que la norma básica estatal únicamente permite el ejercicio de la actividad discrecional en la elaboración del plan de ordenación de recursos humanos, lo que le lleva a rechazar de forma absoluta que el problema planteado pueda ser resuelto por vía interpretativa, dados los términos y finalidad de la disposición cuestionada que no casan con los términos y la finalidad del art. 26.2 de la Ley 55/2003, y en la medida en que la aplicación de uno de estos preceptos excluye la aplicación del otro. Concluye el Auto afirmando el órgano judicial que la norma cuestionada es aplicable al incidente de modificación de las medidas cautelares, al contener una norma transitoria desee el momento de su entrada en vigor y hasta que transcurra el período de tres años, lo que también afectará a la sentencia que pueda recaer en el proceso a quo.

g) Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal, de fecha 26 de febrero de 2013, se acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la **admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada**. 5. El 22 de marzo de 2013 el **Fiscal General del Estado** presentó su escrito de alegaciones sugiriendo la **inadmisión** a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que la norma cues-

tionada no sería aplicable al objeto del proceso y que carecen manifiestamente de fundamento las dudas suscitadas por el órgano judicial que la ha promovido. Tras recoger los antecedentes de hecho de la cuestión planteada, el tenor literal del precepto cuestionado y el de la norma estatal que se reputa infringida, hace referencia al contenido del Auto de planteamiento así como al cumplimiento de las condiciones procesales exigidas por el art. 35.2 LOTC, salvo lo referente al momento procesal en que se plantea la cuestión cuyo examen deja para un momento posterior, y, así, entiende que el órgano judicial ha fijado el precepto legal aplicable sobre el que alberga dudas de constitucionalidad, con expresión de sus razones y ha dado audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. Alude a continuación el Ministerio Público a la doctrina constitucional sobre el carácter manifiestamente infundado de las cuestiones de inconstitucionalidad señalando que en el presente caso el razonamiento que fundamenta el planteamiento de la cuestión permite apreciar que la duda de constitucionalidad se basa en una **interpretación errónea de la misma o que la norma no es aplicable para la resolución de la controversia controvertida** en el proceso contencioso administrativo que ha dado lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Señala que, previamente, a esta cuestión ha de analizarse la **temporaneidad** del planteamiento pues se ha planteado en un momento anterior al de dictar sentencia, con ocasión de la solicitud por el Instituto Catalán de la Salud de la modificación de una medida cautelar adoptada previamente por el órgano judicial. Concluye, tras hacer referencia a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC, que la resolución de la pieza separada de medidas cautelares no es una decisión de mero trámite, sino que afecta al proceso principal y tiene sustantividad propia respecto de éste, por lo que puede aceptarse que el momento procesal elegido por el órgano judicial para el planteamiento de la cuestión es el adecuado. Para el Fiscal General del Estado la duda de constitucionalidad que se plantea no es otra cosa que una posible **interpretación de la legalidad ordinaria** en materia de autorización o denegación de prolongaciones en el servicio activo del personal estatutario del Instituto Catalán de Salud, por cuanto la norma autonómica no respetaría la finalidad y presupuestos señalados en la base estatal, constituida por el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de

16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, para resolver las peticiones de prolongación del servicio activo una vez alcanzada la edad de jubilación a los 65 años. A juicio de la Sala cuestionante la ausencia en la disposición cuestionada de referencia alguna al plan de ordenación de recursos humanos impide que la resolución administrativa que pueda recaer pueda fundarse en motivos incluidos en el mencionado plan, obviando así el criterio que, conforme a la base estatal, ha de servir de guía a la respuesta de la Administración.

El Fiscal General del Estado señala que en el presente caso nos hallamos ante **un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta**, debiendo compartirse con el órgano judicial el carácter básico de la norma estatal con la cual, a juicio del mismo, entraría en contradicción la norma autonómica. En este sentido, cita la doctrina constitucional de las SSTC 1/2003 y 31/2010, señalando que el Estatuto de Autonomía de Cataluña, al formalizar la competencia autonómica como compartida, presupone la plena virtualidad de la competencia del Estado en la materia (art. 149.1.18 CE). De esta manera, siendo el art. 26.2 de la Ley 55/2003 regulador de la jubilación de los funcionarios públicos, a los que se asimilan el personal estatutario de los servicios de salud, y la posible prolongación en el servicio activo de los mismos, con el carácter de norma básica es al Estado al que corresponde normar la materia, debiendo el legislador autonómico respetar las bases establecidas por la norma estatal sobre jubilación y prolongación del servicio activo. Indica el Ministerio Público que, ambas normativas la estatal y la autonómica, representada por la disposición adicional decimotercera de la Ley 56/2012, recogen la posibilidad de prolongación de permanencia en el servicio activo de aquel que, cumpliendo una serie de requisitos, le sea autorizada por el servicio de salud correspondiente en el marco de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. En ambos casos se exige una resolución administrativa que acuerde la denegación o la autorización motivada en relación con lo dispuesto en el mencionado plan.

La finalidad de la prolongación en el servicio activo responde así a las necesidades de personal derivadas de la organización y adecuada prestación del servicio público de salud. De todo ello

concluye que el sistema de prolongación en el servicio activo por el personal estatutario de los servicios de salud es regulado **de manera semejante, sino igual, tanto por la norma legal estatal como la autonómica**. Alude el Fiscal General del Estado a los motivos que llevaron al Parlamento de Cataluña a aprobar la Ley 5/2012, de los que destaca **los relacionados con la rebaja y contención del gasto público, de conformidad con los compromisos asumidos por el Estado en el marco de la Unión Europea**. Entre dichas medidas de contención del gasto figura la no autorización de prolongaciones al personal funcionario de la Generalitat y la resolución de las ya autorizadas para el personal del Instituto Catalán de la Salud, a salvo de que la prolongación resulte necesaria para causar derecho a la pensión de jubilación o que se considere necesario mantener las autorizaciones por causas derivadas de la planificación y racionalización de recursos humanos. Con ello el Parlamento de Cataluña habría legislado sobre función pública con respeto a las normas básicas estatales. Expone a continuación el contenido de la duda de constitucionalidad planteada por la Sala proponente, señalando que la misma pivota sobre la incidencia de la disposición legal cuestionada en el mantenimiento de la medida cautelar inicialmente adoptada en el proceso a quo, pues considera que la ley habilitaría a la administración autonómica a poder dictar una resolución respecto a la prolongación o denegación de la permanencia en el servicio activo del solicitante, sin necesidad de motivar la denegación y por causas o motivos ajenos a la planificación de las necesidades de la organización.

Señala que el juicio de relevancia planteado por el órgano judicial se basa en la consideración de que, si bien no han variado las circunstancias fácticas de la medida cautelar, sí que ha variado el régimen aplicable, pues obliga a dejar sin efecto las prolongaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor, omitiendo toda referencia al plan de ordenación de recursos humanos. Sin embargo, a juicio del Ministerio Público, la promulgación de la Ley 5/2012 no hace inviable el mantenimiento de la medida cautelar. Argumenta al respecto que la adopción de la medida cautelar se fundó en la necesidad de que las jubilaciones que se declaren cuenten con la cobertura de un plan de ordenación de recursos humanos, por lo que la jubilación acordada en el caso a quo no tendría esa cobertura en atención al momento en el que se adoptó. Además añade que el pre-

supuesto de hecho del que parte la norma autonómica cuestionada es la existencia de una autorización administrativa de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, mientras que el objeto del recurso contencioso-administrativo es una resolución administrativa que denegó la prolongación en el servicio activo del recurrente. Para el Fiscal General del Estado lo expuesto conduciría a que la norma autonómica cuestionada no sería aplicable al caso concreto en el que se plantea la duda de constitucionalidad, lo que conllevaría la inexistencia de uno de los presupuestos legales exigidos por el art. 35.2 LOTC para poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad, como es que se trate de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo. Por último el Fiscal General del Estado señala que discrepa de la conclusión a la que llega el órgano judicial que entiende asimilada la situación producida con la adopción de la medida cautelar con la prevista en la norma que cuestiona.

Estima que, aun aceptando dicha conclusión, la norma autonómica no impediría al órgano judicial dictar una resolución en el sentido interesado por el recurrente, dado que la norma autonómica no establece de manera automática la revocación de las prolongaciones autorizadas, sino que permite el mantenimiento de esa situación si se dan determinados requisitos que pueden ser objeto de valoración judicial. Tampoco el silencio de la norma estatal sobre las revocaciones permitiría suponer que las distintas administraciones autonómicas no puedan revocar autorizaciones de prolongación del servicio ya concedidas a partir de las necesidades de recursos humanos. De esta manera, concluye el Fiscal General del Estado, no se apreciaría una contradicción insalvable entre la norma legal estatal y el precepto legal autonómico, que admite una interpretación conforme con el art. 26.2 de la Ley 55/2003, por lo que el planteamiento de la cuestión sería infundado.

III.G. Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrati-

vas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos EDL2012/34486, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE EDL1978/3879 en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre EDL2003/149845, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. El precepto, en el inciso cuestionado, establece: Disposición Transitoria Novena. Prolongaciones al personal funcionario de la Administración de la Generalidad y al personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud. Asimismo, las prolongaciones ya autorizadas del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud deben resolverse en el plazo de seis meses, salvo que sea necesario para causar derecho a la pensión de jubilación o en caso de que, excepcionalmente, el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos. Por su parte, el precepto que el órgano judicial entiende vulnerado, el art. 26.2 de la Ley 55/2003 dispone:

“Artículo 26. Jubilación.

2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años. No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. Como ha quedado expuesto en los antecedentes el órgano judicial estima que la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 no ha respetado la normativa básica dictada por el Estado al amparo del título competencial del art. 149.1.18 CE que, en el caso concreto, sería el art. 26.2 de la Ley 55/2003. Tal vulneración se produciría porque el precepto impugnado omitiría la exigencia de la norma básica estatal en el sentido de que las resoluciones acerca de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de los servicios de salud se adopten en el marco previamente definido por los planes de ordenación de recursos humanos. El Fiscal General del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC se ha

opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por entender que no se ha formulado adecuadamente el juicio de relevancia exigido por el art. 35 LOTC, así como por considerarla notoriamente infundada.

SEGUNDO.- En cuanto al fondo del asunto planteado, la cuestión planteada resulta **notoriamente infundada** en el significado que a esta noción le viene dando la doctrina de este Tribunal (por todos, AATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 2, y 32/2009, de 27 de enero, FJ 3), en atención a las siguientes razones. La duda planteada por el órgano judicial **tiene carácter netamente competencial**, pues lo que está planteado es que el precepto legal autonómico, la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, contradice lo dispuesto en la normativa básica estatal, en este caso el art. 26.2 de la Ley 55/2003, que operaría como canon de constitucionalidad del mismo. **La Ley autonómica no habría respetado la exigencia contenida en el citado art. 26.2 que, como presupuesto legal, exigiría que la denegación o autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de los servicios de salud se resuelva “en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.** Se trata de un supuesto de lo que nuestra doctrina denomina (por todas, STC 246/2012, de 20 de diciembre, FJ 8 y las allí citadas) **inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, dado que la normativa autonómica será contraria al orden de distribución de competencias precisamente por infringir la normativa estatal básica.**

Ahora bien, para que dicha vulneración exista será necesaria, como hemos declarado en la citada doctrina, la concurrencia de **dos circunstancias: que la norma estatal que se afirma infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que esa contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.**

TERCERO.- Antes, sin embargo, de iniciar la comprobación anunciada hemos de precisar el encuadramiento competencial de la cuestión que consideramos en el sistema material de distribución de competencias. A este respecto, dado que se refiere a la jubilación del personal estatutario del Sistema

Nacional de Salud, y, por tanto, a la extinción de la relación de servicio que vincula a este tipo de personal con la Administración Pública hemos de considerar que **nos hallamos en la materia** “estatuto de los funcionarios públicos”. En efecto, la STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 3 recuerda que “Hemos tenido ya la oportunidad de señalar en distintas ocasiones que, tanto la pérdida de la condición de funcionario, como las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcional, son dos aspectos que claramente forman parte del concepto constitucional de “estatuto de los funcionarios públicos”. En este sentido, y tal y como señalamos en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.c, y hemos recordado recientemente en la STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8, los contornos de este concepto, empleado por los arts. 103.3 y 149.1.18 CE EDL 1978/3879▼, “no pueden definirse en abstracto y a priori”, debiendo entenderse comprendida en su ámbito, “en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas”.

Lo anterior puede afirmarse con independencia de que se trate del personal sanitario, pues este tipo de personal constituye, de acuerdo con el propio art. 1 de la Ley 55/2003, “una relación funcional especial”, lo que se confirma por los arts. 2.3 y 2.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, los cuales disponen que la normativa contenida en citado Estatuto básico le es de aplicación en los términos expresados por dichos preceptos (en el mismo sentido, ATC 201/2008, de 3 de julio, FJ 4). Este carácter funcional determina el encuadramiento de las cuestiones relativas a su jubilación en el ámbito material al que ya hemos hecho referencia, en cuanto que la jubilación es una de las causas de pérdida de la condición de personal estatutario [art. 21.e) de la Ley 55/2003]. Las normas ordenadoras de este régimen estatutario de los funcionarios públicos han de ser establecidas, en virtud de lo dispuesto en el art. 103.3 CE, mediante normas con rango de Ley y en tal sentido lo hemos declarado (al respecto, STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5, la cual remite a la doctrina establecida en la STC 99/1987, de 11 de junio). La clave para determinar en nuestro Estado autonómi-

co qué legislador es el competente para cumplimentar la reserva de ley en relación con el estatuto de los funcionarios públicos está contenida en el art. 149.1.18 CE.

A tenor de este precepto el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, y, por tanto, también de sus aspectos relativos a la jubilación, mientras que a Cataluña, le corresponde, en virtud del actual art. 136.b) de su Estatuto de Autonomía, la competencia compartida para el desarrollo de algunos aspectos del régimen estatutario de los funcionarios públicos (empleo público; adquisición y pérdida de la condición de funcionario; situaciones administrativas; derechos, deberes e incompatibilidades), atribución que ha de entenderse con el sentido y alcance expresado en la STC 31/2010, de 28 de septiembre, FJ 82, del que resulta que la formalización de la competencia autonómica como compartida presupone la plena virtualidad de la competencia normativa básica del Estado en la materia.

CUARTO.- Así encuadrada la cuestión y planteándose un problema de inconstitucionalidad mediata o indirecta lo primero que hemos de hacer es determinar el carácter básico, en el doble sentido material y formal, de la norma estatal que el órgano judicial entiende vulnerada. A este respecto ninguna duda cabe de que la norma estatal es básica desde la perspectiva formal, pues con tal carácter se proclama en la disposición final primera de la Ley 55/2003 y lo mismo sucede desde la perspectiva material, ya que la normación relativa a la pérdida de la condición de funcionario, en este caso, mediante la jubilación, se incluye con naturalidad dentro de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, que han de ser establecidas por el Estado, conforme al art. 149.1.18 CE. En definitiva, no cabe sino afirmar que la normativa estatal que nos ocupa ha sido dictada con adecuación a la competencia sobre las bases que la Constitución reserva al Estado en su art. 18 149.1.18 pudiendo, por tanto, operar como canon de constitucionalidad. Una vez comprobada la naturaleza básica de la norma estatal, debemos examinar a continuación si, como se afirma en el Auto de planteamiento, resulta ser contradicho por el precepto cuestionado o si, por el contrario, tal contradicción no existe. En este sentido debemos partir de que el artículo 26.2 establece la jubilación forzosa del personal estatutario a los sesenta y cinco años, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar una prolongación de la situación en ser-

vicio activo en determinados supuestos regulados en los apartados 2 y 3 del artículo 26 y en la disposición transitoria séptima. En particular nos interesa el previsto en el art. 26.2, segundo inciso, respecto del que es importante ahora destacar que **la prolongación en el servicio activo en él prevista no opera de forma automática, sino que exige una autorización del servicio de salud “en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.**

Es decir, requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con determinado personal y que tales razones se expliciten en la resolución autorizatoria. De la legislación de carácter básico se deduce así una regla general que categóricamente establece la jubilación forzosa del personal estatutario al cumplir los 65 años de edad, momento en que “se declarará la jubilación forzosa” (art. 26, apartado 2, inciso primero) y una posibilidad excepcional de prolongar la permanencia en servicio activo supeditada a varios condicionantes, tal como resulta del inciso segundo del mismo precepto. En efecto, el párrafo segundo del artículo 26.2 del Estatuto Marco, que aquí se entiende vulnerado, requiere cuatro requisitos para obtener la prolongación en el servicio activo más allá de los sesenta y cinco años:

- 1) La voluntariedad del interesado de continuar en servicio activo una vez alcanzada la edad de jubilación forzosa, expresada mediante la correspondiente solicitud formal.*
- 2) La limitación temporal de solicitar la prolongación, como máximo, hasta los setenta años de edad.*
- 3) Reunir la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.*
- 4) La autorización por el servicio de salud correspondiente en función de las necesidades de la organización articuladas en un plan de ordenación de recursos humanos, erigido así en instrumento definidor, a estos efectos, de las necesidades de la organización sanitaria. De esos cuatro requisitos se infiere sin dificultad que, como apunta el Fiscal General del Estado, la finalidad de la prolongación de la permanencia en el servicio activo responde a las necesidades de personal derivadas de la organización y de la adecuada prestación del servicio público sa-*

nitario a la población. Directa relación con esta previsión básica guarda la disposición adicional decimotercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, intitulada “Jubilación forzosa del personal del Instituto Catalán de la Salud”, según la cual la jubilación forzosa del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud se declara de oficio cuando la persona interesada cumple los sesenta y cinco años de edad, estableciendo que la prolongación en el servicio activo hasta los setenta años de edad, con la solicitud previa de la persona interesada, solamente puede autorizarse en casos tasados entre los que se encuentra el contemplado en su letra b) “**Excepcionalmente, por necesidades asistenciales, mediante una resolución expresa motivada en las causas previstas en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud que atienden a motivaciones específicas de necesidad asistencial al territorio o por el prestigio profesional de la persona interesada.**”

De esta manera, en la no cuestionada disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012 el legislador catalán, en el ejercicio de sus competencias de desarrollo normativo en el ámbito de la función pública y más específicamente en relación con el personal estatutario del servicio autonómico de salud, está precisando, mediante la exigencia de una resolución expresa motivada en las causas previstas en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud, los dos supuestos que, a estos efectos, habrán de tenerse en cuenta para acordar la prolongación en el servicio activo, de suerte que ésta únicamente será posible por concretas necesidades asistenciales en el territorio o en atención al prestigio profesional del solicitante. Es decir, en el mismo sentido que expresa la base estatal, **requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con determinado personal y que dichas razones encuentren su fundamento en el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud.**

QUINTO.- En dicho marco legal es el que se inscribe la previsión cuestionada que dispone la resolución de las prolongaciones ya autorizadas del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud salvo que se considere preciso mantenerlas por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos. Previsión que el órgano judicial estima contraria a la base estatal por entender que tal decisión respecto a la prórroga de

la permanencia en el servicio activo únicamente es susceptible de ser adoptada en el marco de un plan de ordenación de los recursos humanos elaborado y aprobado con arreglo a lo dispuesto en el propio Estatuto Marco. Conforme hemos expuesto con anterioridad, la norma autonómica ahora cuestionada sería objetable constitucionalmente por desconocer la norma básica estatal si la misma comportara una quiebra significada de la mencionada regla básica, de modo que pusiera en cuestión la regulación que, sobre la jubilación del personal estatutario ha fijado el legislador básico. Sin embargo, conviene advertir que los cuatro elementos que integran la base estatal del segundo párrafo del art. 26.2 de la Ley 55/2003 no se ven contradichos por la regulación autonómica, que perfila así un elemento que estaba ya incluido en la norma estatal, el interés en cesar la relación estatutaria a partir de una determinada edad del personal. Así, debemos partir de la premisa fundamental de que la jubilación forzosa a los 65 años es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional, correspondiéndole a la Administración valorar o determinar la posibilidad de autorizar la prórroga.

Esto es, ante la solicitud del interesado, la Administración debe pronunciarse sobre su concesión o denegación en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos, sin que, por lo demás, pueda sostenerse que las decisiones en torno a la planificación y organización de los recursos humanos no hayan de tener necesariamente en cuenta, entre otros factores, las disponibilidades presupuestarias, a las que hace expresa mención en la exposición de motivos de la Ley 5/2012. Es decir, dicho artículo 26.2 de la Ley 55/2003 establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse, pero eso no significa que ese criterio sea el único y excluyente, ni que el mismo no pueda ser modulado por el legislador autonómico competente por razón de la materia. La base estatal establece una regla con vocación de aplicación uniforme en todo el territorio nacional, siempre dejando un margen de actuación a las Administraciones competentes para adecuar tal aplicación a las necesidades existentes, coherente con la finalidad del servicio público de salud y su carácter esencial para la población, con las necesidades organizativas en un contexto como el presente de restricción y racionalización del gasto público que determina la necesidad de adoptar “una estrategia de racionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración catalana”, tal como

la ya citada exposición de motivos de la Ley 5/2012 pone de manifiesto.

Por otra parte la mención de la base estatal a los planes de ordenación de recursos humanos no puede ser entendida en un sentido excluyente de la intermediación del legislador autonómico, el cual, en ejercicio legítimo de sus competencias de desarrollo normativo en relación con el personal estatutario, podrá, como efectivamente ha hecho, condicionar la actuación de la administración sanitaria a la hora de planificar sus recursos humanos, estableciendo criterios normativos que, incorporados a los instrumentos de planificación de los recursos humanos, hayan de regir las decisiones de la administración sanitaria en relación con la permanencia en el servicio activo del personal estatutario que ha superado la edad prevista para jubilación. Eso es lo que ha decidido el legislador autonómico en la disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012, con la que la ahora cuestionada guarda una inescindible relación, al predeterminar los supuestos en los que es posible acordar la prórroga solicitada, remitiendo su motivación expresa a las causas previstas en el correspondiente plan de ordenación de recursos humanos, de forma que tal prórroga solamente resultará posible en los términos del mencionado plan. Y lo mismo cabe decir de las causas derivadas de la planificación y racionalización de recursos humanos a las que alude la disposición transitoria cuestionada, ya que esta mención ha de ponerse en relación con la disposición adicional decimotercera y su referencia explícita al ya citado plan de ordenación.

Lo contrario, es decir, una interpretación de la base estatal en el sentido de que sus mandatos, en tanto que dirigidos a la correspondiente administración sanitaria, solamente por ella pueden ser llevados a la práctica significa desconocer las competencias estatutariamente reconocidas, así como impedir al legislador autonómico realizar valoración alguna respecto a las necesidades de interés general que deben ser atendidas por la acción administrativa en el ámbito sanitario, en atención a las necesidades concurrentes, y para establecer una prioridad entre ellas, eligiendo las medidas más convenientes para dar satisfacción a esas necesidades, en particular en relación a su personal. De esta forma resulta que el inciso cuestionado no contradice lo previsto por la base estatal, en la medida en que ha de aplicarse en un marco previamente determinado por el legislador autonómico en la disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012, que se refiere expresamente a las causas previstas en el Plan

de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud. En ese sentido es necesario hacer mención a la Resolución SLT/3104/2011, de 23 de diciembre, por la que se publica el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud (ICS) para el periodo 2012-2015, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 6 de febrero de 2012, cuyo anexo I concreta detalladamente lo que ha de entenderse a estos efectos por necesidades asistenciales así como la forma de proceder en el supuesto de profesionales médicos de reconocido prestigio.

SEXTO.- *Recapitulando lo anteriormente expuesto, hemos apreciado que la normativa estatal que se utiliza como canon en el control de constitucionalidad de la normativa autonómica tiene una indudable naturaleza básica desde la doble perspectiva formal y material. Con arreglo a tal carácter es susceptible de ser desarrollada en el ámbito de cada Servicio autonómico de salud y, en este sentido, el precepto autonómico cuestionado constituye un desarrollo de la misma conforme con ella, pues no altera la regla establecida por la norma básica. En suma, es posible concluir que, afirmado el carácter básico de la normativa estatal, no se aprecia que la normativa autonómica cuestionada incurra en contradicción con sus mandatos que resulta imprescindible, en supuestos como el presente, para sostener la inconstitucionalidad del precepto autonómico, pues ambas normas son así susceptibles de ser interpretadas e integradas armónicamente. Por ello, falta aquí la real y efectiva contradicción entre la norma estatal y la autonómica de la que, en los términos expuestos en el Auto de planteamiento, se derivaría la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, lo que priva del necesario fundamento a la presente cuestión y determina que deba ser inadmitida a trámite.*

es rigurosa en que la motivación de la denegación se ajuste a la previsión de aquel.

d) Se admite por el TC la posibilidad de que una ley niegue el derecho a la jubilación por motivos económicos, lo que posibilita una gran discrecionalidad y diversidad en la regulación de cada CCAA.

IV. CONCLUSIONES

a) El PORH es imprescindible para proceder a la jubilación forzosa.

b) El personal estatutario se rige esencialmente por el artículo 26.2 del Estatuto Marco. El TC no hace referencia al Estatuto Básico.

c) Se ha producido una evolución jurisprudencial que admite la impugnación directa e indirecta del PORH y que viene matizando la exigencia de motivación de éste para denegar la prolongación, aunque

LEYES SANITARIAS: BALANCE DE UNA DÉCADA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO¹

Mario Mingo Zapatero

*Presidente de la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales
Congreso de los Diputados*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RETROSPECTIVA: 10 LEYES DESTACABLES
3. PROSPECTIVA: LEYES PARA LOS PRÓXIMOS AÑOS
4. CONCLUSIÓN: LEGISLAR DESDE LAS SINERGIAS

1. INTRODUCCIÓN

Buenos días a todos. Queridas amigas y amigos. Creo recordar que fue Platón el que en su momento dijo aquello de que “donde reina el amor, sobran las leyes”.

Por desgracia, el amor no está tan presente en nuestras vidas como para que podamos prescindir de las leyes.

Todo ha cambiado mucho desde el siglo IV antes de Cristo y hoy día ni nos sobra el amor, ni por su puesto nos sobran las leyes.

Ordenar, prohibir, permitir... las leyes vertebran nuestra sociedad y marcan las pautas sobre las que garantizar el respeto y el cumplimiento de los derechos que, en nuestro caso, en el caso de España, establece la Constitución de 1978.

No obstante, conserven la calma porque no voy a reflexionar sobre las características de las leyes que nos rigen, sobre su carácter natural o positivo, sobre sus clasificaciones o sobre las interpretaciones que se puedan hacer de sus artículos.

No tendría sentido, pues ustedes, saben mucho más que yo de estos temas, y además no me habéis invitado para hablar sobre eso.

Hoy, queridas amigas y amigos, tengo el honor de dirigirme a ustedes para exponerles mis impresiones sobre las leyes que regulan el principal pilar del Estado del Bienestar en nuestro país, es decir: la Sanidad.

Hablar de Sanidad en España es hacerlo de un sistema asistencial bueno, de un espejo en el que todos los países del mundo se han mirado en alguna ocasión —y se siguen mirando— cuando quieren saber qué y cómo se debe hacer para ofrecer una asistencia sanitaria de calidad e intentar posteriormente replicarlo.

El Sistema Nacional de Salud es un referente mundial.

Es un modelo mejorable y en vías de reestructuración, como después comentaré, pero que en apenas 30 años ha conseguido hacer de la calidad, de la cohesión, de la equidad y de la universalidad sus señas de identidad.

¹ Transcripción literal de la ponencia.

Nuestra Sanidad es uno de los principales valores, sino el principal, de lo que ahora conocemos como “Marca España”, y lo es por nuestros profesionales, que por preparación, experiencia y resultados clínicos obtenidos son el principal valor, la piedra angular de nuestro sistema sanitario, lo es por nuestro sistema de formación, clave del elevado nivel de nuestros recursos humanos, lo es por nuestra red de centros asistenciales, extensa tanto en el ámbito de la atención primaria como en lo que a la asistencia especializada se refiere, lo es por nuestra investigación, desarrollo e innovación biomédicas, pues somos líderes, cuanto menos, en publicaciones científicas y ensayos clínicos, lo es porque contamos con la tecnología y los procesos asistenciales más avanzados, respaldados siempre por la evidencia científica, y lo es, entre otras razones, por las leyes que desde hace años regulan la estructura, el funcionamiento y la actividad desarrollada en el Sistema Nacional de Salud.

Concibiendo las leyes como herramientas al servicio de los ciudadanos, para dar respuesta a las necesidades presentes y futuras de la sociedad, y para garantizar cuanto menos unos mínimos, en el caso que hoy nos atañe, en la prestación de la asistencia sanitaria en nuestro país.

Comentaré, si me lo permiten, las leyes más importantes de los últimos años en el ámbito de la Sanidad, al menos a mi entender.

Son esas normas a las que antes hacía referencia, esas leyes que, como decía, han favorecido que hoy disfrutemos de lo que en el ámbito de la Economía se conoce como un ‘Gold standard’, es decir, de un sistema sanitario ‘de primera’.

Partiendo del artículo 43 de la Carta Magna de 1978, el cual reconoce como fundamental “el derecho a la protección de la salud” y establece que son los poderes públicos los que deben “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, son muchas y bastante variadas en fondo y forma las leyes que se han aprobado, aplicado y renovado en materia de Sanidad hasta nuestros días.

Haré referencia a diez de ellas, que por las necesidades sociales del momento en el que fueron promulgadas o por la transcendencia que han tenido en el tiempo considero que deben ser destacadas, y me explicaré desde mi condición de médico en activo y desde la perspectiva que dan los más de quince años que llevo en la primera línea de la política sanitaria

en este país, antes como portavoz de Sanidad del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, y ahora como presidente de la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del propio Congreso.

2. RETROSPECTIVA: 10 LEYES DESTACABLES

Queridas amigas y amigos. La primera de las normas a la que haré mención a modo de punto de partida, de principio del que parte el actual Sistema Nacional de Salud, es la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

El Instituto Nacional de Previsión, el Seguro Obligatorio de Enfermedad y la Ley General de la Seguridad Social de 1974 eran insuficientes para satisfacer las demandas sanitarias de una sociedad española, la de los años 80’, en plena efervescencia.

Fue entonces cuando se aprobó la Ley General de Sanidad, la que sienta las bases del modelo de sistema sanitario que hoy tenemos, la que establece la creación del Ministerio de Sanidad y de las consejerías de Sanidad en las comunidades autónomas al tiempo que desarrolla el artículo 43 de la Constitución al que antes me he referido.

Algunos años después, concretamente 17, se promovió la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Ante la transferencia de la mayor parte de las competencias en materia de Sanidad a las comunidades autónomas, la Ley de Cohesión contempla en su articulado la coordinación y la cooperación entre las administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar la protección de la salud y garantizar la calidad, la equidad y la participación social en el sistema sanitario.

Dicho con otras palabras, la Ley de Cohesión actualizó las bases establecidas en la Ley General y respondió a la realidad administrativa del país sentando las bases para que “los servicios públicos sanitarios respondan a unas garantías básicas y comunes”.

Otras regulaciones cuanto menos destacables de los últimos años son:

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y

documentación clínica, que aclara la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias, ofreciendo en el terreno de la información y la documentación clínicas las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución.

Además, la Ley 41/2002 trata con profundidad todo lo referente a la documentación clínica generada en los centros asistenciales, subrayando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto.

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que ha posibilitado el desarrollo de la colaboración público-privada que tan buenos resultados ha dado tanto en la consecución de avances asistenciales, como en optimización de los recursos disponibles en el Sistema Nacional de Salud.

La colaboración público-privada en el ámbito sanitario está presente en todas las comunidades autónomas en mayor o menor medida, y sirve de complemento para el sistema público, bien para derivar pacientes y reducir listas de espera, bien para satisfacer la demanda de la mayor parte de los funcionarios que escogen ser atendidos en centros privados...

Más allá de las opiniones y los planteamientos ideológicos de cada cual, que por supuesto respeto, la colaboración público-privada es beneficiosa para nuestro modelo sanitario, pero este es otro tema que si os parece, podemos tratar en el siguiente foro...

Continúo:

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS), estableció las bases para el ejercicio de la actividad profesional, el trabajo multidisciplinar y en equipo de los sanitarios, y la movilidad y el desarrollo de la carrera de los sanitarios.

Desde, y cito textualmente del preámbulo de la ley, “la íntima conexión que el ejercicio de las profesiones sanitarias tiene con el derecho a la protección de la salud, con el derecho a la vida y a la integridad física, con el derecho a la intimidad personal y familiar, con el derecho a la dignidad humana y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, la LOPS dota al sistema sanitario de un marco legal que

contempla los diferentes instrumentos y recursos con los que hacer posible la mayor integración de los profesionales en el servicio sanitario, en lo preventivo y en lo asistencial, tanto en su vertiente pública como en la privada, facilitando la corresponsabilidad en el logro de los fines comunes y en la mejora de la calidad de la atención sanitaria prestada a la población.

Además, la ley garantiza “que todos los profesionales sanitarios cumplen con los niveles de competencia necesarios para tratar de seguir salvaguardando el derecho a la protección de la salud”.

Con la Ley 14/2007, de 13 de julio, de investigación biomédica, se regularon ámbitos insuficientemente o asimétricamente legislados hasta entonces como los análisis genéticos y la investigación con muestras biológicas humanas -en particular las de naturaleza embrionaria-, y los biobancos.

Esta norma, que puso el foco en las enfermedades más prevalentes, el fomento de la I+D transaccional, y en la colaboración continuada entre la universidad, la empresa y la Administración, fue completada con la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en la que son varias las ocasiones en las que se hace referencia a la carrera, la situación laboral y la movilidad de los investigadores, así como a las funciones que debe desarrollar el Instituto de Salud Carlos III como organismo público de investigación y el papel que corresponde a los centros asistenciales que forman parte de la red del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la I+D+i.

Otras leyes a poner en valor son la 28/2005, de 26 dediciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, y la 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la citada Ley 28/2005.

Ambas suponen un importante salto cualitativo en materia de salud pública y responden a la demanda social de una mayor protección frente al humo del tabaco y a los importantes perjuicios que éste supone para la salud no sólo del que fuma, sino también del que está a su lado, ahondando en la prevención-retraso en la edad de inicio en el consumo y en la deshabituación de los fumadores.

Planteamientos teóricos relativos a la prevención de enfermedades prevalentes en nuestro país como el cáncer, la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y las patologías cardiovasculares, fueron trasladados

a la práctica con estas leyes, y estoy convencido de que en unos años tendremos perspectiva e información objetiva suficiente para darnos cuenta de cuántos enfermos hemos evitado y cuántos recursos hemos ahorrado al sistema.

En una línea similar, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que entiende la salud como “una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa”, establece las bases legales que sustentan las acciones de coordinación y cooperación de las administraciones públicas en materia de salud pública y proporciona -junto con la educación- las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar.

En otro sentido, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, reemplazó a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y sirvió para afrontar el desafío que supone asegurar la calidad de la prestación farmacéutica, impulsar el uso racional de los medicamentos, y garantizar que todos los ciudadanos tienen acceso al medicamento que necesiten, cuando y donde lo necesiten, en condiciones de efectividad y seguridad, y en un marco descentralizado.

Volviendo a 2011, cabe destacar la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, que atiende a la detección y la eliminación de riesgos físicos, químicos y biológicos desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución, y que tiene en cuenta la creciente importancia de los riesgos nutricionales, dada la creciente y preocupante prevalencia en la actualidad de la obesidad, especialmente entre la población infantil y juvenil.

Y finalmente, la última regulación de los últimos años a la que haré referencia por el calado de los cambios que ha significado, aunque no sea propiamente una ley, es el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Como indica su propia denominación, el Real Decreto Ley 16/2012 surgió como el medio para reintroducir al sistema sanitario en la senda de la estabilidad, de la sostenibilidad asistencial y de la solvencia económica de la que se había desviado en los últimos años.

El RDL 16/2012 aborda la cohesión en el Sistema Nacional de Salud, la prestación farmacéutica,

las condiciones de acceso de los ciudadanos al sistema sanitario, los servicios contemplados en la cartera pública de servicios y la gestión de los recursos humanos, planteando una reestructuración del modelo que venía siendo necesaria desde años atrás y que se antojaba urgente para converger con la Unión Europea y acabar con desajustes importantes como el ocasionado por el turismo sanitario, así como para mejorar la planificación de las necesidades de profesionales en el presente y en los años venideros, hacer más proporcional y justa la aportación económica de los pacientes en el acceso a los medicamentos, y garantizar desde la evaluación comparativa el coste-efectividad de toda tecnología y prestación sostenida con financiación pública.

En resumen, queridos amigos, las leyes que he comentado con la brevedad requerida para adaptarme el tiempo del que dispongo, han dado respuesta, con mayor o menor grado de fortuna y de éxito, a las necesidades sanitarias de los españoles de los últimos 30 años.

No obstante, si tenemos que poner como ejemplo de dinamismo a algún sector, ese es, sin duda, el sanitario.

En consecuencia, las leyes han de evolucionar también, y han de hacerlo con una celeridad lo más parecida posible a las necesidades de la sociedad.

3. PROSPECTIVA: LEYES PARA LOS PRÓXIMOS AÑOS

En un contexto socioeconómico tan complejo como el actual, marcado por la coyuntura económica, por el progresivo envejecimiento de la población, por la creciente prevalencia de las enfermedades crónicas, por la necesaria e imparable tendencia hacia la fusión de lo sanitario y lo social, y por la necesidad imperante de optimizar todos y cada uno de los recursos disponibles en el sistema, debemos reflexionar con detenimiento sobre el sistema asistencial que queremos, que necesitamos, que nos podemos permitir en los próximos años.

¿Es viable mantener el modelo actual tal cual funciona?

¿Es necesario modificarlo y combinarlo con un modelo en el que los usuarios hagan aportaciones económicas por proceso asistencial?

¿Tenemos la capacidad suficiente para mantener todas las prestaciones que contempla actualmente la cartera pública de servicios?

¿Sería razonable cambiar las señas de identidad de nuestro modelo para converger con la Unión Europea?

En todo caso, con independencia de la opción por la que optemos, las leyes han de ser concretas y dar soluciones a los problemas actuales al tiempo que cuentan con la capacidad de adaptarse a situaciones futuras garantizando el cumplimiento de los derechos adquiridos por los ciudadanos.

Queridas amigas y amigos, requerimos leyes con las que poner solución a los problemas de financiación que actualmente padece el Sistema Nacional de Salud, atendiendo a las necesidades reales, realizando estudios prospectivos con los que adelantarnos a situaciones futuras, y favoreciendo la solvencia, así como que el modelo cuente con recursos que realmente necesita para garantizar la calidad, la cohesión, la calidad y la universalidad.

Es necesario diseñar leyes que redistribuyan las competencias de cada nivel asistencial, favoreciendo que las oficinas de farmacia ganen protagonismo en el control y seguimiento terapéuticos de los pacientes, que los centros de atención primaria tengan una mayor capacidad resolutoria para evitar, cuando sea posible, traslados a los hospitales, y que los hospitales –así como los centros de salud– estén plenamente coordinados con los servicios sociales para asegurar la continuidad asistencial y convertir al paciente de una vez por todas en el epicentro del sistema sanitario.

Necesitamos también leyes que remodelen las funciones que corresponde desarrollar a cada profesional.

Se han dado ya pasos para que enfermeros y fisioterapeutas indiquen productos no sujetos a prescripción médica, liberando así a los facultativos de consultas evitables. Pero debemos ir más allá.

Tenemos que explorar nuevos modelos de formación, concretando qué y cómo se estudia en función del funcionamiento real del sistema sanitario, debemos madurar la idea de contar con nuevas profesiones sanitarias: ingeniería, psicología...

Hemos de desarrollar nuevas áreas de colabora-

ción multidisciplinar entre los profesionales e innovar desde la formación de calidad y dando prioridad a la seguridad de los pacientes.

Precisamente los pacientes suponen otro ámbito al que debemos prestar una atención mayor desde la perspectiva legal.

Antes comentaba la necesidad de convertirlos en el epicentro del modelo y me reafirmo en lo dicho, pero debemos hacerlo favoreciendo una actitud proactiva y una implicación continuada por su parte en la protección de su propia salud y en la prevención de la enfermedad, siendo la creación de asignaturas tanto en educación primaria como en secundaria una buena vía para conseguirlo, al menos, en niños y jóvenes.

Desde la experiencia acumulada y los avances promovidos por las asociaciones de pacientes, debemos hacer al ciudadano participe en las decisiones que se toman sobre su salud y contar con él como un agente más del sistema sanitario tanto para el cuidado de la salud como para el uso racional de los recursos disponibles.

Es necesario también que regulemos la coordinación entre la asistencia sanitaria y los Servicios Sociales, concretando de qué manera han de trabajar, sumar esfuerzos y favorecer una atención integral, humanizada y personalizada, especialmente en procesos de prevalencia creciente como son los relacionados con la salud mental, las cardiopatías y el cáncer.

En materia de investigación, desarrollo e innovación, y teniendo en cuenta la limitación de las aportaciones que pueden hacerse desde las administraciones, cabe destacar la necesidad de generar condiciones con las que favorecer el mecenazgo, con las que impulsar la participación de la iniciativa privada y favorecer la generación de sinergias con las que facilitar la generación de conocimiento, agilizar su aplicación a la práctica clínica desde la evidencia científica retener y atraer talento investigador, aumentar nuestra capacidad en el acceso a fondos competitivos, y motivar la generación y el registro de patentes que, al tiempo que mejoran el abordaje de las enfermedades, generan riqueza para el país.

Y finalmente, y aprovechando que la mención a las patentes, el ámbito de la farmacia, concretamente la farmacovigilancia, también requiere una actualización en favor de la proactividad y en la línea de

lo establecido por las directivas comunitarias de la Unión Europea.

Es algo en lo que está trabajando actualmente el Ministerio de Sanidad, y estamos ante una oportunidad inmejorable para seguir garantizando máxima seguridad en el acceso a los medicamentos.

4. CONCLUSIÓN: LEGISLAR DESDE LAS SINERGIAS

Queridas amigas y amigos, en los últimos minutos he hablado sobre muchos temas.

He hablado de la estructura del sistema sanitario, de los profesionales, de los pacientes, de la prestación farmacéutica, de la investigación biomédica, de la cooperación sociosanitaria, de la optimización de los recursos...

He hablado de cuestiones relativas a la sanidad reguladas y por regular en las que, tanto en las circunstancias actuales, como en las venideras, tendremos más posibilidades de éxito cuanto mayor sea la colaboración, cuantas más sinergias seamos capaces de crear.

Si el fondo y el contenido de cualquier ley son básicos, no menos importante es su forma.

De lo primero nos ocupamos principalmente en el Congreso y en el Senado, y más si cabe si tenemos la doble condición de político y profesional sanitario como es mi caso y como es el caso de la mayor parte de los portavoces de Sanidad de los grupos parlamentarios.

De lo segundo se ocupan ustedes, los juristas, y de la puesta en común de nuestros esfuerzos y conocimientos depende en gran medida el futuro del Sistema Nacional de Salud.

Depende que seamos capaces de consolidar y desarrollar el modelo asistencial y que nuestros hijos puedan sentirse igual que de satisfechos que nos sentimos nosotros hoy cuando acudimos a nuestro sistema sanitario.

Amigas y amigos, comencé mi intervención con una cita de Platón, del Siglo IV antes de Cristo, y quiero concluir con otra cita un poco posterior, concretamente del Siglo II, también antes de Cristo, que en este caso pronunció Marco Tulio Cicerón:

“Las leyes se han hecho para el bien de los ciudadanos”.

Parafraseando a Cicerón, hagamos, ustedes y nosotros, las leyes necesarias por y para el bien de los ciudadanos, las leyes precisas por y para el bien del Sistema Nacional de Salud.

Muchas gracias.

Comunicaciones

I. SALUD REPRODUCTIVA E INVESTIGACIÓN

LA INCONGRUENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES AL EXIGIR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LOS PARTOS POR VÍA VAGINAL

Iñigo Cid-Luna Clares
Abogado. Asjusa-Letramed

Pablo Montalvo Rebuelta
Abogado. Asjusa-Letramed

Uno de los grandes logros en la evolución legislativa en materia sanitaria en nuestro país ha sido la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

La comúnmente llamada Ley de Autonomía del Paciente, profundiza en la senda de los derechos de los pacientes iniciada en la Ley General de Sanidad, al potenciar ***“la dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de su voluntad”***¹.

Sin embargo, tal y como procederemos a analizar a continuación, la postura que mantiene nuestros Tribunales en relación a la protección de la autonomía de la voluntad del paciente hace que a veces nos encontremos ante situaciones contradictorias.

Durante estos más de 10 años desde la aprobación de la Ley de la Autonomía del Paciente, hemos comprobado como han proliferado las reclamaciones sustentadas en problemas derivados de la información y el consentimiento informado, encontrándose

a día de hoy aproximadamente el 30% directa o indirectamente relacionadas con la vulneración de la autonomía de la voluntad del paciente, ya sea por falta de información o por deficiencias en el consentimiento informado.

El derecho a la información sanitaria está regulado en el capítulo II de la Ley 41/2002, y en el capítulo IV en lo relativo al consentimiento informado, destacando que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia salvo en aquellos procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, en cuyo caso será por escrito (art. 8.2.)

Nuestra doctrina también ha tratado el tema del derecho de información y el consentimiento informado, definiéndolo como la autorización autónoma para la práctica de determinada intervención que implica que el individuo no sólo debe aceptar y cumplir una propuesta, sino que debe dar su autorización mediante un consentimiento voluntario, que existe si y sólo cuando un paciente con suficiente capacidad de comprensión y sin control externo, autoriza intencionadamente a un profesional a hacer algo².

¹ Artículo 2 de Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

² Muerte Digna y Constitución: Los Límites del Testamento Vital, Federico de Montalvo Jääskeläinen.

Teniendo en cuenta tanto la postura del legislador como de la doctrina, es necesario plantearse las siguientes cuestiones ¿Es trasladable esta toma de decisión del tratamiento a los casos de partos en los que no se prevé complicación alguna? ¿Debe el médico otorgar un documento de consentimiento informado a la paciente? Y lo que no es menos importante en el ámbito de la responsabilidad patrimonial ¿Es homogénea la postura de nuestros Tribunales del orden contencioso-administrativo respecto a los pleitos en los que se reclama déficit de información y/o falta de consentimiento informado en un parto?

Con la intención de aclarar los precitados planteamientos, consideramos oportuno analizarlos de manera separada.

En primer lugar, debemos preguntarnos si es trasladable la decisión de la vía de finalización del parto, ya sea parto vaginal o cesárea, a la paciente, más aún en aquellos supuestos en los que se presupone que no van a surgir complicaciones.

Tal y como procederemos a comprobar en base a la remisión a la jurisprudencia emanada por nuestros Tribunales, el parto ***“constituye un proceso natural respecto del que el consentimiento informado no tiene sentido alguno pues la voluntad de la paciente en nada puede alterar el curso de los acontecimientos”***³.

Dicho de otra manera, nuestros Tribunales a día de hoy consideran que la paciente no puede elegir la vía de finalización del parto, o lo que es lo mismo, no admite “el parto a la carta”, ya que la cesárea no puede configurarse per se como una alternativa al parto por vía vaginal, ya que pese a lo que la gente pueda pensar, los riesgos no son inferiores al parto vaginal, correspondiendo única y exclusivamente al profesional médico la decisión de la vía de finalización del parto.

En esta materia existe unanimidad en nuestros Tribunales respecto a que actualmente no está permitido al paciente la decisión sobre la vía de finalización del parto.

Nuestro Alto Tribunal así lo tiene establecido, al considerar respecto a la cesárea, que: ***“(…) La cesárea no puede configurarse como una alternativa al parto vaginal de libre decisión para la madre, ya que la misma supone un riesgo de intervención qui-***

rúrgica invasiva a considerar por los profesionales médicos en toda su extensión y con las variables que concurren. Es el profesional médico el que ha de observar si concurren los presupuestos que determinan la ejecución de una cesárea.”⁴

En idéntico sentido se pronuncian nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que vienen a considerar ***“respecto a la cesárea, tampoco es una decisión de la madre, sino que depende de los médicos especialistas, que la tomarán a la vista de las circunstancias concurrentes”***⁵, mientras que respecto a la posibilidad de decisión sobre la vía de finalización del parto, determinan que: ***“es frecuente que las parturientas soliciten la practica de cesárea pero dicha solicitud no se puede dejar a la elección de la paciente y que la indicación del parto por vía vaginal ó no es completamente médica y no corresponde a la paciente”***⁶, desmitificando igualmente la ventaja de la cesárea respecto a la vía vaginal⁷

Por tanto, comprobamos como existe unanimidad por parte de nuestros Tribunales en lo relativo a que la paciente no tiene la posibilidad de elegir la vía de finalización del parto.

En segundo lugar, debemos plantearnos si la paciente debe o no otorgar un consentimiento informado para el parto vaginal.

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente relativo a que nos encontramos ante un proceso natural e inevitable, consideramos que ni es preciso ni debe ser obligatorio el otorgar consentimiento informado por escrito para el parto por vía vaginal.

Esta postura es mayoritaria dentro de los autores quienes consideran que el parto por vía vaginal no se encuentra en los supuestos exigidos por Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Ley 41/2002 de 14 de noviembre, para que conste un documento de consentimiento informado firmado.⁸

⁴ STS Sala C-A de 20 de noviembre de 2012, recurso 5637/2011.

⁵ STSJ de Murcia (Sala C-A) de 10 de diciembre de 2010, recurso 568/2005.

⁶ STSJ de Castilla y León (Sala C-A) de 30 de septiembre de 2010, recurso 15/2005.

⁷ STSJ de Andalucía (Sala C-A) de 9 de octubre de 2012, recurso 220/2011.

⁸ Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente. José

³ STS Sala C-A de 2 de julio de 2010, recurso 2985/2006.

Lo anteriormente manifestado no implica que el facultativo no deba informar a la parturienta del proceso natural al que va a ser sometido, así como a la posibilidad que sea necesario realizar algunas maniobras que pueden surgir de manera imprevista y urgente, tales como episiotomía, administración de oxitocina e incluso utilización de instrumental para facilitar el expulsivo...

Sin embargo y apoyándonos en la postura mantenida por nuestro Alto Tribunal entre otras en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª, Pte. Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano) consideramos que dicha información debe ser oral y escalonada a lo largo de los nueve meses de gestación, siendo a todas luces innecesario que el médico entregue un documento de consentimiento informado para que la paciente firme, produciéndose un sin sentido para el supuesto de que la paciente se negase a firmar dicho consentimiento y el médico considerara que no está indicada la vía de finalización del parto que la paciente pretende.

Otro problema que nos hemos encontrado y que dificulta la homogenización en las resoluciones de nuestros Tribunales es la propia situación derivada de la postura mantenida por la sociedad científica más importante en materia de ginecología y obstetricia en nuestro país, la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) y en menor medida los distintos planes estratégicos nacionales y autonómicos al parto normal y, que derivan del Plan de Parto y Nacimiento publicado por el Ministerio de Sanidad⁹.

El Plan de Parto y Nacimiento publicado por el Ministerio de Sanidad es un documento creado en el seno de los Comités Institucionales y Técnico de la Estrategia de Atención al Parto Normal y de Salud Reproductivo, en el que a la mujer se le informa de los distintos pasos desde su ingreso hasta que es dada de alta y en el que puede expresar sus preferencias, necesidades, deseos y expectativas sobre el proceso del parto, del nacimiento y del cuidado inicial del recién nacido, si bien en ningún caso ni es un documento de consentimiento informado ni permite a la paciente la elección de la vía de finalización del parto, no siendo a día de hoy dicho plan estratégico alegado ante nuestros Tribunales.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el “Do-

cumento Informativo (con valor de consentimiento informado) sobre la asistencia al parto”¹⁰, publicado por la SEGO, que es motivo de reclamación ante nuestros Tribunales.

Sorprende la posición de dicha sociedad, ya que por activa y por pasiva nos viene recordando que el parto es un proceso natural e inevitable en el que salvo contraindicación la vía de finalización del embarazo debe ser la vaginal, oponiéndose enérgicamente al “parto a la carta”, si bien, tiene publicado y consensuado un documento informativo sobre el parto, lo que puede llevar a que, erróneamente, le sea concedida una indemnización a una paciente que reclame que no se le ha facilitado dicho documento.

Si bien es cierto que dicho documento incluye algunas cuestiones interesantes y que la parturienta, debe haber sido informada a lo largo de los nueve meses de gestación, tales como la posibilidad de rotura de membranas, práctica de episiotomía, así como las posibles complicaciones, riesgo de pérdida de bienestar fetal, lesiones y desgarros del canal del parto...o incluso el riesgo de muerte; recuerda que las decisiones a tomar durante el transcurso del parto quedan al juicio del médico, incurriendo en el grave error de incluir la posibilidad de renuncia, lo que desde el punto de vista de estos autores es un auténtico contrasentido a lo anteriormente manifestado.

Esta discrepancia que mantiene la propia sociedad científica ha sido analizada por nuestros Tribunales, inclinándose por restar validez al consentimiento informado propuesto por la SEGO: *“El perito judicial afirma que el protocolo de la SEGO recoge un consentimiento informado respecto de la realización del parto vaginal tras una cesárea anterior; consentimiento informado que en este caso no se hizo constar en escrito, ahora bien también explica el perito que en estos casos las parturientas que han sufrido una cesárea anterior suelen preguntar a lo largo de su embarazo si el siguiente parto también lo será de la misma forma. Dice también el perito que no es habitual en los hospitales que se recoja este consentimiento. Como veíamos en la sentencia del Tribunal Supremo el derecho del paciente tiene como objeto la recepción en términos comprensibles de una información completa y continuada sobre su proceso, información que resulta verosímil, en los términos en que expone el perito judicial, tuviera Doña Sandra; teniendo en cuenta además que la opción lo era*

Manuel Martín Bernal.

⁹ <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/planPartoNacimiento.pdf>

¹⁰ http://www.sego.es/Content/doc/DOCUMENTO_INFORMATIVOCI_parto.doc

por el parto vaginal, que es el normal y añadiendo a ello que los riesgos de rotura de útero son mínimos, como vimos más arriba, y la menor incidencia de este método en su integridad física así como su conocimiento directo del proceso y la recepción de la información necesaria en el momento en que se aprecia la existencia de la complicación y la necesidad de realizar cesárea finalmente, debemos llegar a la conclusión de que la inexistencia del documento escrito en este caso no puede dar lugar a la apreciación de existencia de responsabilidad alguna de la Administración pública”¹¹

Una vez planteado la postura de estos autores relativa a que en los supuestos de parto por vía vaginal no es preciso y no debe exigirse al facultativo que entregue un documento de consentimiento informado a la paciente para que lo firme, procederemos a analizar la postura de nuestros Tribunales al respecto.

Aunque visto el planteamiento anterior pueda parecer que existe una homogenización por parte de los tribunales del orden contencioso-administrativo a la hora de resolver aquellos procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración en el que uno de los motivos de reclamación es la ausencia de consentimiento informado para los partos por vía vaginal, a continuación procederemos a demostrar que existe una cierta incongruencia dentro de este orden jurisdiccional.

Es necesario comenzar este análisis con la postura de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que si bien por regla general considera que en los partos no se requiere consentimiento informado ante la singular naturaleza del acto médico, en aquellos casos en los que existe riesgo para el feto y la madre exige la firma del documento de consentimiento informado.

Respecto a que no es necesario recabar el consentimiento informado destaca entre otras la Sentencia de la Sección 6ª de 2 de julio de 2010 (RJ 2010\2641) donde entra a analizar dos cuestiones interesantes respecto al consentimiento informado y el parto.

En primer lugar, establece: *“En las circunstancias en que estaba la gestante resultaba ilógico recabar el consentimiento informado, ya que se trataba de proseguir con el proceso de parto ya iniciado, en cuya gestación necesariamente había sido atendida e informada. La medicación suministrada careció de*

efectos en cuanto al problema posterior presentado por el niño”.

Es decir, considera innecesario recabar el consentimiento informado antes del parto e igualmente que se presupone que durante la gestación la paciente necesariamente fue informada.

Determina posteriormente la precitada sentencia y en estrecha relación con que no es necesario recabar el oportuno consentimiento informado y la imposibilidad de elección de la vía de finalización del parto: *“Ningún reproche puede hacerse a este razonamiento pues como es obvio el proceso del parto, cuando es inminente e inevitable, constituye un proceso natural respecto del que el consentimiento informado no tiene sentido alguno pues la voluntad de la paciente en nada puede alterar el curso de los acontecimientos. Otra cosa es que se utilizaran medios extraordinarios para facilitar el parto, como podría ser la técnica de la cesárea, en cuyo caso, salvo razones de urgencia, sí debe recabarse el consentimiento informado de la paciente, pero no es ésta la circunstancia que aquí aconteció. El motivo debe ser desestimado”*

Por tanto, considera que no es preciso obtener el consentimiento informado por escrito salvo en aquellos casos en los que se vaya a realizar una cesárea que, al ser una intervención quirúrgica, si requerirá del preceptivo consentimiento salvo para el supuesto en el que ésta sea urgente, lo que viene a entroncar con los requisitos establecidos en la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

Dentro de este análisis jurisprudencia, es interesante por su planteamiento remitirse a la Sentencia de la Sección Cuarta de 21 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1165), donde analiza la problemática del consentimiento informado en los partos desde un doble prisma, la imposibilidad de elección y alternativas al parto natural, y la contraindicación de una información excesiva, que entronca con la jurisprudencia ya pacífica del Alto Tribunal.

Dentro de su fundamentación la Sentencia del Tribunal Supremo determina en que debe consistir la información en el parto: *“También, es cierto que las futuras madres pueden mostrar ciertas preferencias en cómo se va a desarrollar el acto del alumbramiento pero no lo es menos que el mismo está sujeto a las previsiones de garantizar la salud tanto para la*

¹¹STSJ de Madrid (Sala C-A) de 19 de julio de 2010 (Recurso 312/2007).

madre como para el hijo en los mejores y mayores porcentajes posibles. Por ello, ese acto de información y consentimiento previo ha de situarse respecto a las posibles complicaciones que pueden manifestarse en esos momentos y que han de determinar por parte de los profesionales médicos asistentes la posibilidad de adopción de las decisiones médicas adecuadas y acordes a los síntomas e indicios que se van produciendo”.

Para manifestar a renglón seguido que a día de hoy no existe un derecho de la mujer a elegir la vía de finalización del parto: *“No existe, hasta el momento, un derecho subjetivo de la futura madre a la practica de la cesarea, sino que la misma requiere el cumplimiento de una serie de requerimientos médicos y, lo más importante, una ponderación médica de la situación que predetermine la misma como más beneficiosa que el parto vaginal. En este caso no existió decisión medica al respecto por cuanto el único indicio que pudo determinar una decisión médica diferenciada a lo que estaba ocurriendo era la “fiebre intraparto de 38°”, que supuso la administración de tratamiento antibiotico a la madre”.*

Finalmente, recuerda lo contraproducente de una información excesiva, estableciendo: *“Hemos dicho en multitud de ocasiones también, que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone -por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben”.*

Aunque en base a las precitadas sentencias analizadas parece que la postura de nuestro Tribunal Supremo se orienta a una misma línea, consideramos preciso analizar una de las sentencias, desde el punto de vista de los autores más sorprendentes, dictadas por nuestro Alto Tribunal en el que casa una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concediendo una indemnización a una madre, 50.000 euros, y a su hija, 400.000 €, como consecuencia de las secuelas sufridas, parálisis cerebral, tras un sufrimiento fetal que se hubiese podido evitar de haberse practicado una cesárea que no le fue ofrecida a la parturienta.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo, de

14 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1028), realiza una valoración de la asistencia partiendo del resultado y sobre la base de la misma declara la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, al considerar que. *“No compartimos esta opinión de que se trate de una “cesárea a demanda” -la pactada con el médico sin que exista ninguna indicación para la misma- ya que según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia se reconoce que la finalización de un parto de nalgas mediante cesárea representa mucho mayor riesgo para el feto y en el caso que enjuiciamos, dado que se trataba de un embarazo de alto riesgo por la patología asociada, por la prematuridad, diabetes mal controlada -macrosomía o sospecha de feto grande, polhidramnios o aumento de líquido amniótico- 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; por ello, una vez informada debería haber firmado un consentimiento para el parto vaginal de nalgas, que como ya hemos indicado se trataba de una gestación de alto riesgo por la patología asociada, por la prematuridad, por la presentación podálica y por tanto con una morbilidad mayor, y deseando la paciente una ligadura de trompas parece más acertado haber finalizado el parto mediante una cesárea”*

Finalizado la fundamentación jurídica de la sentencia considerando que existe una vulneración de la lex artis ad hoc. *“De esta forma hubo en quebranto de la “lex artis”, pues al no darle a la madre la posibilidad de asumir este riesgo se le produjo un daño que no tiene el deber de soportar, si se le hubiera ofrecido la posibilidad de la finalización del parto mediante cesárea, y como viene admitiendo nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de veintidós de octubre de dos mil nueve -recurso de casación 710/2008 - y veinticuatro de marzo de dos mil diez (RJ 2010, 4544) -recurso de casación 3944/2008 -, la citada infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de la capacidad para decidir”.*

A pesar del contenido y fallo de esta sentencia, consideramos que la línea jurisprudencial mantenida por nuestro Alto Tribunal es más o menos homogénea al considerar que no es preciso la obtención de un consentimiento informado por escrito para los partos por vía vaginal.

Pero no solo nuestro Tribunal Supremo ha analizado y valorado la necesidad o no del consentimiento informado en los partos por vía vaginal, también nuestros Tribunales Superiores de Justicia y nuestros Juzgados de lo Contencioso-Administrativo han fallado al respecto, existiendo, tal y como procederemos a analizar a continuación, una clara incongruencia en sus fallos al no mantener una línea clara y homogénea al respecto, tanto en lo relativo a la necesidad o no de obtener el consentimiento como a la indemnización que se otorga en aquellos casos en los que la ausencia es considerada como una vulneración de la *lex artis ad hoc* y por ende la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto a los supuestos en los que se considera que no es preciso obtener un consentimiento informado por escrito, tanto nuestros Tribunales Superiores de Justicia como nuestros Juzgados de lo Contencioso-Administrativo coinciden en determinar que la paciente no tiene capacidad para elegir la vía de finalización del parto, por lo que difícilmente existe un deber de informar de alternativas que no existen, coincidiendo a grandes rasgos en que nos encontramos ante un fenómeno natural en el que la voluntad de la parturienta no puede alterar el curso de los acontecimientos.

Sirva de ejemplo de lo anterior, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de septiembre de 2010 (rec. 15/2005) donde se determina: *“Hay que tomar en consideración que no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad. Se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo con las actuaciones médicas realizadas sin el consentimiento informado. En este sentido parece oportuna la cita de la sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2008, dictada en el recurso núm. 2033/2003, en la que siguiendo lo expresado en la de 2 de marzo de 2005 (recurso de casación núm. 8125/2000) se dice que la exigencia del consentimiento informado se extiende a los tratamientos alternativos que puedan darse al margen de la intervención que se practique, exigiéndose que el paciente dé su consentimiento a la realización de esta, una vez que haya sido debidamente informado de las posibilidades alternativas que hubiese al tratamiento quirúrgico”, considerando a renglón seguido: “No parece que el contenido de la Ley 8/2003 permita a la paciente elegir si decide terminar el parto por vía vaginal ó por cesárea; en el informe de la Compañía Zurich se explica como es frecuente que las parturientas soliciten la practica de cesárea*

pero dicha solicitud no se puede dejar a la elección de la paciente y que la indicación del parto por vía vaginal ó no, es completamente medica y no corresponde a la paciente. El Perito autor del Informe de la SEGO también es contundente en que no se puede atender a la paciente que solicita la practica de una cesárea insistiendo, además, en que no estaba indicada la practica de cesárea puesto que solo se recomienda “un uso mas liberal de la cesárea” en el caso de diabetes y macrosomía (y ninguna de esas circunstancias concurrían en el caso presente).

La importancia de la precitada sentencia radica en que es utilizada por otros Tribunales Superiores de Justicia a la hora de argumentar sus Fallos¹²

Existen innumerables sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que desestiman la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de falta de consentimiento informado para los partos de vía vaginal^{13 14}, manteniendo la fundamentación anteriormente analizada.

Finalmente, existe una amplia línea jurisprudencial que directamente no entra a analizar la conveniencia o no del consentimiento informado para el parto, remitiéndose a la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a que si no hay daño físico la ausencia de consentimiento no genera per se un deber indemnizatorio¹⁵.

Asimismo, los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo han resuelto este motivo de reclamación, coincidiendo en desestimar argumentando que *“Por lo que hace a la falta de firma del documento de consentimiento informado para asistencia al parto, tal vicisitud puramente formal carece de relevancia en orden a predicar una supuesta infracción de la lex artis ad hoc, al tratarse el parto de un hecho biológico que necesariamente se produce, medie o no un consentimiento informado, y porque en el concreto caso que nos ocupa ninguna alternativa más favorable existía al parto eutócico y sin compli-*

¹² STSJ de Andalucía de 9 de octubre de 2012 (Rec. 220/2011).

¹³ STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2010 (Rec.1782/2008)

¹⁴ STSJ de Aragón de 31 de septiembre de 2011 (Rec. 9672005)

¹⁵ STSJ de Extremadura de 19 de junio de 2012 (Rec. 1201/2010)

caciones que efectivamente se desarrolló”.¹⁶ o de una manera aún más tajante “No se puede informar de los riesgos de un parto natural, porque estos se desconocen al inicio del mismo y no están protocolizados la exigencia de prestar consentimiento informado en caso de de parto natural”¹⁷.

Por tanto, sorprende sobre manera como a pesar de que es mayoritaria la postura relativa a que no se puede requerir un consentimiento informado por escrito para los partos por vía vaginal, interpretando de una manera amplia la discrecionalidad relativa a la información que concede la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, Ley 41/2002 de 14 de noviembre, la manera de argumentar la no concurrencia de los requisitos exigidos para proclamar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración es muy amplia.

Mención aparte merece aquellos casos en los que nuestros Juzgados y Tribunales consideran que existe un deber indemnizatorio como consecuencia de la ausencia de consentimiento informado, siendo necesario analizar qué y cómo se indemniza en estos casos.

Anteriormente, al analizar la postura de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, hemos visto una sentencia¹⁸ en la que el daño indemnizable por esa falta de consentimiento informado, era tanto un daño moral a la madre por la vulneración de su derecho a la autonomía de la voluntad relativa a la elección de la vía del parto, como una indemnización a la niña por el daño físico sufrido en el parto.

Sin embargo, el precitado Fallo del Alto Tribunal no es seguido por nuestros Juzgados y Tribunales donde en aquellos casos en los que no consta consentimiento informado para el parto, únicamente se indemniza un daño moral autónomo circunscrito a la vulneración del derecho a la autonomía de la voluntad, siendo contadas las sentencias en las que esa falta de información se indemniza como un daño físico¹⁹.

16 STJCA nº 8 de Sevilla de 11 de abril de 2013 (Rec. 323/2009)

17 ST JCA nº 1 de Santiago de 3 de octubre de 2011 (P.O. 890/2009)

18 STS Sala C-A (Secc. 4ª) de 14 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1028)

19 STSJ de Castilla y León de 1 de octubre de 2010 (Rec.

Dentro de los distintos pronunciamientos relativos a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por déficit de información en los partos por vía vaginal, encontramos dos formas de abordar la problemática, por un lado aquellos supuestos en los que consta consentimiento informado para el parto y otros en los que no consta.

Respecto a los supuestos en los que no consta consentimiento informado por escrito para el parto vaginal, nuestros Tribunales consideran que: “Por otro lado, no solamente la cesárea como intervención quirúrgica que es, exigirá ese consentimiento informado del paciente. Entendemos que la asistencia al parto lo exige también, porque la parturienta tiene **derecho a conocer qué es lo que le puede ocurrir durante el alumbramiento, qué puede sucederle al feto, ante qué riesgos se enfrenta y qué opciones o alternativas tiene, y tras esa información expresará su consentimiento a la actuación médica, a pesar de que inexorablemente el parto tenga lugar, ya que como mecanismo fisiológico que es no puede detenerse ni aplazarse. Por ello; la circunstancia inevitable del alumbramiento cuando el parto está ya iniciado; confiere matices singulares a ese consentimiento, porque en caso de negativa a ser tratada, y surgir complicaciones, podría inclusive ponderarse la necesidad de prestación de asistencia médica como auxilio ante la urgencia presentada**”²⁰.

Respecto a aquellos supuestos en los que consta la firma de un protocolo de consentimiento informado para el parto por vía vaginal, se estima la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración al considerar que el documento de consentimiento informado es genérico: “Sin duda, el impreso que fue suscrito por la recurrente no obedecía a la finalidad que asignan al consentimiento informado tanto el Derecho positivo como la jurisprudencia. La información que contiene es absolutamente genérica y omite un acto quirúrgico como la episiotomía que, si bien no se efectúa de forma rutinaria, sí en la mayoría de los partos”²¹.

Aparte de las opiniones que puedan derivar de la fundamentación jurídica de la precitada sentencia, sorprende la absoluta incongruencia existente en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

540/2004)

20 STSJ de Islas Baleares de 1 de julio de 2009 (Rec. 362/2003)

21 STSJ de Madrid de 20 de octubre de 2009 (Rec.151/2006)

Superior de Justicia de Madrid, ya que mientras una Sala avala declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por defectos en el consentimiento informado para el parto, otra²² desestima al considerar que el consentimiento informado para el parto vaginal no se recoge en los hospitales por lo que una información oral es suficiente.

Esta situación también nos la encontramos en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de nuestro país, ya que mientras en algunos Juzgados no se considera pertinente un consentimiento informado por escrito para los partos por vía vaginal²³, en otros Juzgados de la misma localidad indemnizan como daño moral dicha falta²⁴.

Esta incongruencia produce una clara situación de inseguridad jurídica para todos los operadores en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria (profesionales sanitarios, pacientes, letrados...), al no existir un criterio uniforme y homogéneo en un mismo Tribunal lo que dificulta enormemente la labor del profesional a la hora de abordar la asistencia médica al parto y la defensa de los pleitos.

Como resumen del análisis de la jurisprudencia emanada por nuestros Tribunales en los supuestos de demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria por falta o déficit de consentimiento informado para los partos por vía vaginal, llegamos a las siguientes conclusiones.

Por un lado, comprobamos como algunos Tribunales, siguiendo la línea de aquellos pleitos en los que se reclama por falta de información confunden el deber de información, con la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, equiparando esa supuesta obligación de informar a la paciente con la existencia de responsabilidad.

En segundo lugar y efectuando una valoración desde un punto de vista técnico-científico, comprobamos como nuestros Juzgados y Tribunales, en algunos supuestos, declaran la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración circunscrito a la obligación de recabar un consentimiento informado para un tratamiento invasivo, como puede ser una cirugía, olvidando que el parto se trata de un

hecho natural y no de una intervención quirúrgica.

En tercer lugar, existe una cierta incongruencia por parte de nuestros Tribunales, ya que si consideramos que la paciente no tiene derecho a la elección de la vía de finalización del parto, correspondiendo dicha decisión médica al profesional sanitario, en ningún caso se puede producir una vulneración de la autonomía de la voluntad que sea tributaria de una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por ausencia de consentimiento informado para el parto, cuando ningún perjuicio se le ha causado con dicha ausencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Muerte Digna y Constitución: Los Límites del Testamento Vital, Federico de Montalvo Jääskeläinen, Universidad Pontificia de Comillas 2009.
- Responsabilidad médica y derechos de los paciente. Problemática jurídica de la relación médico-paciente. José Manuel Martín Bernal, Las Rozas La Ley-Actualidad 2008.
- Plan de Parto y Nacimiento. Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Salud, Política Social e Igualdad.

²² STSJ de Madrid (Sala C-A) de 19 de julio de 2010 (Recurso 312/2007)

²³ STJCA nº 1 de Santiago de 3 de octubre de 2011 (P.O. 890/2009)

²⁴ STJCA nº 2 de Santiago de 4 de marzo de 2013 (recurso 768/2009)

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA: UNA CUESTIÓN DE IGUALDAD

M^a Cruz Reguera Andrés

Jefa de Servicio de Personal Sanitario

Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.
 - 2.1 Derechos reproductivos
 - 2.2. Derechos Humanos y salud reproductiva
 - 2.3. Las Conferencias internacionales
3. CRITERIO DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS.
4. CONSIDERACIONES SOBRE LOS FACTORES SOCIALES DE LA CRISIS DE FERTILIDAD Y SUS IMPLICACIONES.
5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los extraordinarios avances de la ciencia en el campo de la biomédica, unidos al avance de los derechos sociales, principalmente el de igualdad y el de protección de la salud, han hecho surgir nuevas demandas relacionadas con la salud reproductiva de las mujeres. Particularmente las relacionadas con la preservación de la fertilidad por motivos sociales. El objetivo de la comunicación será llamar la atención sobre el derecho que asiste a las mujeres, en el contexto de los derechos humanos, a beneficiarse del progreso científico para ejercer el derecho a la salud reproductiva; así como la conveniencia de su mejor protección, tanto por justicia social, como por beneficiar a toda la sociedad y al desarrollo económico.

PALABRAS CLAVE

Reproducción Asistida. Igualdad. Derechos Humanos. Factor social de la infertilidad.

1. INTRODUCCIÓN

Decía Norberto Bobbio¹ que “*Ciertas exigencias nacen sólo cuando nacen ciertas necesidades. Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas*”. Pues bien, un claro ejemplo de tal enunciado se ha producido con los extraordinarios avances científicos en el campo de la reproducción humana asistida, RHA, que unidos al reconocimiento de derechos sociales, especialmente los de igualdad de trato y de oportunidades para las mujeres, han posibilitado la aparición de nuevas necesidades. Con las consecuentes demandas de protección social, y del derecho a la atención a la salud, ante las nuevas oportunidades, inimaginables hasta hace poco, para ser madres.

Pero las nuevas oportunidades de la llamada “maternidad tecnológica”², no están exentas de polémicas y paradojas, en tanto que si bien el desarrollo científico puede beneficiar la salud reproductiva de las mujeres, también puede dejarlas más expuestas,

1 BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 199, p. 19

2 TABOADA, L. *La Maternidad tecnológica*, Icaria Editorial, 1986.

en cuanto trabajadoras, a los viejos y enquistados prejuicios existentes en el mundo laboral contra su capacidad de procrear. A la vez que evidencian las dificultades que siguen teniendo las mujeres para poder beneficiarse de los avances científicos.

La presente comunicación pretende proporcionar una mirada al derecho a la salud reproductiva asistida desde la perspectiva de los derechos humanos, reflexionando sobre la conveniencia de su adecuada protección para otros objetivos de política social y económica que benefician a toda la sociedad. Pues si bien hasta hace poco la reivindicación principal de las mujeres se centraba en el control de la natalidad y el reconocimiento de derechos como ciudadanas, la realidad social actual nos muestra una sociedad con mayor presencia de la mujer, pero que avanza en paralelo a una creciente infertilidad por motivos sociales, en parte como precio a las conquistas en igualdad. De ello resulta el debate sobre la existencia, o no, de un derecho a la preservación de la fertilidad precisamente por tales motivos sociales, que esta comunicación pretende fomentar. Siempre desde una perspectiva que, contextualizada en la revolución reproductiva³ y en el vaticinio de un duro invierno demográfico⁴, con preocupantes consecuencias para los sistemas de protección social, favorezca el libre ejercicio de derechos reproductivos por las mujeres, con apoyo de políticas públicas, principalmente laborales y del Sistema Nacional de Salud.

El contexto social actual, constreñido por una persistente crisis económica, hace especialmente oportuno reflexionar sobre este tema desde la perspectiva de los derechos humanos: de salud reproduc-

tiva, de igualdad y no discriminación, para ser preservados como identificativos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

2. EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA ASISTIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Derechos reproductivos

Hasta hace poco el desarrollo natural de la procreación, unido al escaso reconocimiento de los derechos de la mujer, hacía innecesaria una especial consideración jurídica de los derechos reproductivos. Han sido los resultados del progreso científico los que han hecho surgir, al albor de cada nuevo descubrimiento relacionado con las Técnicas de Reproducción Asistida, TRA, múltiples cuestiones relacionadas con estos derechos y los nuevos modelos de familia. De tal modo que la evolución de la ciencia y la sociedad, desde la segunda mitad del siglo XX, ha dado lugar al reconocimiento de un auténtico, singular y autónomo derecho a la reproducción vía regulación por los poderes públicos.⁵

En España esas transformaciones sociales (que culminarían con un modelo de relaciones familiares asentado en la igualdad⁶) coinciden con las reformas iniciadas a partir de la Constitución Española, CE, de 1977. Año en el que nació Louise Brown, la primera “bebé probeta”, fruto de las investigaciones sobre fertilidad del científico británico Robert Edwards, iniciadas en la década de 1950; cuando la OIT se afanaba por reforzar la protección de la mujer en el industrializado mundo del trabajo, especialmente en

3 Cfr. GARRIDO MEDINA, L. utilizó este término en 1996 al publicar *La revolución reproductiva* (en Castaño, C. Palacios, S. (Ed) *Salud, dinero y amor. Cómo viven las mujeres españolas de hoy*, Madrid: Alianza, 1996, pp. 205-238) comparando sus efectos a la revolución agraria, industrial, y con la de la información, que originaría profundas transformaciones sociales, iniciadas en el propio espacio doméstico y convivencial, dando lugar a una convulsión vivencial mayor que las otras revoluciones, generando un nuevo mundo de convivencia intersexual tanto en el domicilio como en lo laboral. (1996. pág 205-206). En la misma línea MACINNES, J. y PÉREZ DÍAZ, J. “La tercera revolución de la modernidad; la revolución reproductiva”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)* N.º 122, 2008, pp. 89-118

Desde la perspectiva de la OMS, puede consultarse la revista *Entre Nous* que dedicaba su N.º 63 al tema “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa?”.

4 RUBIO, J. en artículo de *El Mundo*, de 16 de octubre de 2011, “El “invierno” demográfico de media España”: analiza la proyección de la población hasta 2021 realizada por el INE. Las proyecciones de población pueden consultarse en el INE: Proyecciones de Población 2012, <http://www.ine.es/prensa/np744.pdf>

5 Cfr. SALAS DARROCHA, J. T. “Derecho a la reproducción humana”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm 7/2002., Pamplona. 2002. p. 5

6 Cfr. ALCORTA IDIAQUEZ, I. “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho y Salud*. Volumen 11, N.º 2, 2003. Asociación Juristas de la Salud, p. 167

7 El 25 de julio de 1978 nació Louise Brown, la primera “bebé probeta” con el tratamiento de la fecundación in Vitro, consistente en la extracción de ovocitos de la mujer para, una vez fecundados extracorpóreamente en el laboratorio, transferir los embriones resultantes al útero materno. Un acontecimiento de repercusión mundial, gracias al trabajo del científico británico Robert Edwards, (en colaboración con Patrick Steptoe fallecido en 1988) distinguido con el Premio Nobel de Medicina en 2010, porque “sus descubrimientos hicieron posible el tratamiento de la esterilidad, que afecta a una gran proporción de la humanidad” según el Comité del premio. La reproducción asistida desde entonces no ha dejado de progresar, con debate, dadas sus implicaciones ética-jurídicas.

lo relacionado con su condición o capacidad para ser madre.

Los antecedentes de la regulación jurídica de la procreación mediante TRA, en nuestro ordenamiento jurídico, se remontan a los trabajos de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación “in Vitro” y la inseminación artificial humanas⁸, que se constituyó con expertos en el Congreso de los Diputados, en mayo de 1984, con el fin de elaborar un informe previo a la tramitación parlamentaria de la que fuese pionera y avanzada Ley 35/1998, de 22 de noviembre. Ley publicada cuatro años después de haber nacido Victoria Anna⁹, la primera niña “probeta” española. Hecho que de por sí demuestra la necesidad de regulación en un ámbito en constante evolución científica¹⁰.

La regulación vigente¹¹ se halla en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹², LTRA, considerada una de las más progresistas en Derecho comparado, lo que unido a la calidad de los tratamientos, han situado a España

8 Dictamen de la Comisión publicado en el Diario de sesiones del Congreso de Diputados, con el debate y aprobación del informe, el 10 de abril de 1986. II legislatura, nº 280, año 1986.

9 En 1984 nació en España la primera bebé probeta, llamada Victoria Anna, en homenaje a la bióloga ANNA VEIGA, quien en el libro *El milagro de la vida. De la Fecundación in Vitro a las células madre* (R.B.A. Libros, S.A.. Barcelona 2011) relata su trayectoria vital y científica, compartiendo las dificultades, esperanzas, satisfacciones, inquietudes éticas y legales surgidas a lo largo de esa trayectoria.

10 Como ejemplo de la constante evolución científica, cabe citar las palabras del señor ZARAZAGA BURILLO, en la sesión de 10 de abril de 1986, de debate y aprobación del informe de la Comisión: “*El hecho de que hace unas semanas, señorías, se ha descubierto algo que va a trastocar por completo el informe y la orientación definitiva de estas observaciones e investigaciones: ya se puede congelar el óvulo. El doctor Jones, el australiano (...) ha visto que existe la posibilidad de tener banco de gametos, óvulos por un lado y espermatozoides por otro. Fuera problemas de manipulación de embriones, fuera problemas de edad de los embriones, fuera problemas de investigación*”. Pues bien, más de veinte años después, los medios de comunicación siguen dando cuenta de nuevos y sorprendentes avances científicos: la obtención de células madres embrionarias mediante clonación. (El País 15 de mayo de 2013) o como un autotrasplante de tejido ovárico permite a una mujer sin ovarios ser madre (El Mundo, 22/05/2013).

11 Previamente se aprobó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, tratando de solventar, como pedían los expertos, la adecuación de la legislación a los nuevos retos biotecnológicos, y muy especialmente a la problemática del gran número existente de embriones congelados.

12 SÁNCHEZ-CARO, J y ABELLÁN, F. han abordado varios estudios jurídicos en profundidad sobre las TRA y la salud reproductiva, así como sus implicaciones; entre otros, en *Salud sexual y reproductiva, Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000. Madrid-Granada 2010

como país receptor de un importante número de pacientes extranjeros. La preocupación por garantizar una idónea aplicación de las técnicas, especialmente a las mujeres como principales receptoras de los tratamientos, se refleja en diversos apartados de la Ley, principalmente en su artículo 3, al regular las condiciones personales de las mujeres a tratar¹³, que se complementa con el concepto de “usuarias” de su artículo 6. Los tratamientos con TRA están actualmente en plena pujanza, gozando en general de amplia aceptación social, pero tienen pendiente un importante recorrido en el aspecto, que no es menor, de accesibilidad, sobre todo en el sector público¹⁴.

Las TRA, con efectos principales para el cuerpo y la salud de la mujer, lógicamente fueron objeto de atención desde el primer momento por el pensamiento feminista, que ha mostrado una dialéctica ambivalente, o diversa. Así ha evolucionado desde un optimismo tecnológico, como mecanismo de liberación, pasando por una visión pesimista de rechazo a las TRA, considerándolas un instrumento más de la cultura patriarcal, agresivas para el cuerpo de la mujer, hasta posiciones más matizadas, que sin desconocer los riesgos que estas tecnologías entrañan, valoran el que puedan ayudar y servir a la mujer, siempre que este garantizado su control por las propias mujeres¹⁵.

13 Así determina que los tratamientos solo se aplicarán cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia, y previo consentimiento libre y consciente por parte de la mujer, que deberá haber sido previamente informada de sus posibilidades de éxito, riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. Por otro lado la LTRA clasifica en el anexo las TRA en: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos. Por otro lado en el capítulo III de la Ley, dedicado a la crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida, se regula la crioconservación de gametos y preembriones, estableciendo que la utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

14 Las diferencias entre los centros públicos y privados son muy grandes. A nivel del SNS la preocupación por establecer criterios de utilización, de los siempre insuficientes recursos públicos, ante una demanda en plena ebullición, fueron objeto de consideración y propuesta por el Grupo de Interés de Centros de RHA del SNS, constituido en 1999, que publicó en 2002 el documento “*Criterios para la utilización de los recursos del Sistema Nacional de Salud Español en técnicas de reproducción humana asistida*” que se ha convertido en referencia para la aplicación de tratamientos en el sector público. El documento cuenta con las aportaciones jurídicas de SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F.

15 Cfr. “CAMBRÓN INFANTE, A en “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos”. En *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Cambrón Infante, A.

En el enfoque del feminismo postmoderno el problema no son las TRA en sí mismas, sino el contexto social discriminador y competitivo en el que han surgido y se practican las TRHA¹⁶.

Ahora bien, aún considerando pertinentes algunas precauciones y preocupaciones respecto a los intereses en juego, sobre todo los relativos a la accesibilidad, que pueden comprometer el principio de igualdad, ha de concluirse que su creciente utilización, cuanto menos, avala su consideración, por las propias mujeres, como nuevas oportunidades integrantes del derecho a su salud reproductiva, que en todo caso debe garantizarse con la exigencia de una auténtica autonomía reproductiva. Todo ello sin perjuicio de que una reflexión profunda sobre los motivos de tener que optar, con demasiada frecuencia, entre posición económico-laboral o maternidad, con el consecuente incremento de la infertilidad por motivos sociales, conduzca a reclamar otro tipo de respuestas sociales, que faciliten ejercer el derecho a ser madre a edades más tempranas, haciendo innecesario utilizar TRA a edades avanzadas con los riesgos que ello conlleva¹⁷.

La reproducción, en definitiva, adquiere actualmente un significado profundamente distinto al tradicional, de gran complejidad sociológica en cuanto las mujeres tienen, hoy en día, diferentes oportunidades para poder elegir ser o no ser madres, en pareja o solas, de forma biológica, asistida o adoptiva, cuándo y cuántas veces, etc. Además la maternidad se representa hoy en día como una problemática general de reproducción social (demográfica y económica) y como tal es —debería ser— una cuestión de Estado (de

bienestar) de primera magnitud¹⁸.

Por lo que se refiere al reconocimiento de un derecho a la reproducción no ha participado de consenso doctrinal, ni en cuanto a su existencia, ni sobre su concepto, contenido y alcance¹⁹. Si bien del análisis de las diferentes líneas doctrinales se ha concluido en la propuesta incluso de un *Estatuto Jurídico de la Reproducción Humana*²⁰, y en la existencia del derecho con soporte constitucional²¹. Actualmente avalado con la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, LOSSR²².

Una interesante aportación conceptual es la que realiza Ana I. Marrades Puig: “*El derecho a la maternidad no es el derecho a un/a hijo/a, sino que se trata- y así podríamos definirlo- de un derecho al respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, sin más limitaciones que las que deriven del respeto a los derechos del hijo/a..... Todo esto supone, por otro lado, la exigencia al Estado de proteger su ejercicio y conceder a sus titula-*

18 ALER GAY, I. “Sociología de la Maternidad en España”, en *Maternidad y Salud, Ciencia, Conciencia y Experiencia*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, Pp. 72-75.

19 IGAREDA GONZÁLEZ, N., *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, Universidad Autónoma de Barcelona. Puigpelat Martí, F. y Bodelón Gonxález, E., (Cdtas), Barcelona, 2010. Realiza un detallado análisis del derecho a la reproducción, a la maternidad y a la paternidad (pp. 155 - 177).

20 SALAS DARROCHA, J. T., Cit. “Derecho a la reproducción humana”. El autor muestra una opinión favorable a la existencia del derecho titularidad de todas las personas, deduciendo un difuso y desperdigado *Estatuto Jurídico de la Reproducción Humana*, con soporte en los artículos 1, 17, 10, 15 18 y 39 de la CE.

21 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Las mujeres y la delimitación constitucional de la Bioética”, en *Mujeres y Constitución*, Freixes San Juan, T. (Coord.), CEPC, Madrid, 2000, pp. 623 a 668. Se ha manifestado desde hace tiempo a favor de la existencia del derecho, con fundamento constitucional en la libertad (Art. 1.1 y 17.1); en la dignidad de la persona, en sus derechos inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1); en el derecho a la intimidad personal y familiar (Art. 18.1); en el derecho al matrimonio (Art. 32.1); en la protección de la familia (Art. 39.1) y, en el ámbito jurídico internacional, en el derecho a fundar una familia (Art. 12 del Convenio de Roma). Entre otras obras en: “Las mujeres y la delimitación constitucional de la bioética”.

22 La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, LOSSR reconoce en su preámbulo que la capacidad de procreación está directamente vinculada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, siendo objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar.

(Coord.), Madrid. Trotta. 2001, pp. 165-210. También cabe mencionar el movimientos como el denominado FINRRAGE, surgido en Estados Unidos, preocupado por la afectación al derecho de autonomía de la mujer, por la neugénesis y por la posibilidad de eliminación sistemática de embriones femeninos en favor de los masculinos

16 Cfr. PUIGPELAT MARTÍ, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida”. *Revista Aldaba*. N° 32. UNED-Melilla, 2004, pp. 63-81. FEITO GRANDE, L. por su parte, en “Evolución de la mujer ante la salud sexual y reproductiva desde un análisis bioético” (en Sánchez-Caro, J. y Abellán, F., *Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000, Madrid-Granada, 2010, pp. 245-262) resalta como en buena parte las críticas han tenido que ver con la sospecha de que puede comprometerse el principio de autonomía, en tanto no se considere la perspectiva de género; así como con la ceguera ante lo social y cultural, que no tiene en cuenta factores ambientales y sociales, de contexto, y su influencia en la salud de las personas, de lo que comienza a hacerse eco la OMS.

17 En este sentido ALCORTA IDIAQUEZ, I en “Donación de óvulos”, *El País*, 28 de marzo de 2006.

res las prestaciones necesarias para que el ejercicio del derecho a la maternidad no coarte el ejercicio de otros derechos de la mujer”²³.

Y sobre la autonomía procreativa en positivo, se ha observado que los debates acerca de la autonomía procreativa o el ejercicio del supuesto derecho a la reproducción no existen, o apenas aparecen, cuando se habla de TRA²⁴. Sin embargo es incuestionable el hecho de que estas técnicas son un avance científico que dan respuesta a las demandas de un hijo/a biológico de muchas parejas estériles, y que la LTRA lo que hace es tutelar esa autonomía procreativa para hacer efectivo el derecho a la reproducción.

2.2 Derechos Humanos y salud reproductiva

Debe destacarse el impulso dado a los derechos reproductivos con los derechos humanos, especialmente los relativos a la igualdad y a la salud²⁵.

Los principales instrumentos jurídicos, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH, de 1948, incluyen el “Pacto Político”²⁶ PIDCP, el “Pacto Económico”²⁷ PIDESC, y diversos tratados regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950²⁸. Así como la Con-

vención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, de 1979. Para cuya vigilancia cuenta con los correspondientes Comités^{29/30}. Debe recordarse que la discriminación por motivo de sexo es contraria a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y otros instrumentos internacionales de derechos humanos³¹. También conviene recordar que en la clasificación de derechos humanos por generaciones, la “igualdad”³² constituye un valor, asociado al movimiento obrero y al feminista, que a finales del siglo XIX dio origen a la reivindicación de los derechos de segunda generación, entre los que se integran los laborales, y los derechos de las mujeres.

El papel que tiene encomendado el Estado en materia de derechos humanos es el de asegurar jurídicamente su libre y pleno ejercicio, creando, entre otras obligaciones, las condiciones sociales, políticas, jurídicas y económicas necesarias para que puedan ejercerse³³. Los derechos humanos negativos

fundamentales.

29 Entre los que se destacan el CEDAW, encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención de la Mujer, el CCPR, encargado del Pacto Político, y el CDESCR, encargado del Pacto Económico.

30 Asimismo la Asamblea General de Naciones Unidas en la reciente Resolución 67/171, de 20 de diciembre 2012, sobre “El derecho al desarrollo” se ha pronunciado reafirmando que todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, incluido el derecho al desarrollo, son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente. Reconociendo además la importancia del papel de la mujer y sus derechos y la aplicación de la perspectiva de género como aspecto intersectorial del proceso de realización del derecho al desarrollo. A/RES/67/171. Distr. general 22 de marzo de 2013.

31 Resolución de 20 de diciembre de 2012, de la Asamblea General de la ONU, n° 67/144 sobre “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”. A/RES/67/144. Distr. general 27 de febrero de 2013

32 “Ningún país de nuestro entorno pudiente ha alcanzado cotas de igualdad entre sexos que superen la simple “tolerancia a la mujer”, un estadio que ha costado un gran esfuerzo histórico claramente insuficiente para amplios sectores del feminismo” en MENDOZA LADRÓN DE GUEVARA, N, SALAMANCA BALLESTEROS, A., LOBO ABASCAL, P., “Factores socioculturales y reproducción”, en *Estilo de vida y fertilidad*, Checa, Manau y Martínez (Coords), Sociedad Española de Fertilidad. Editorial Médica Panamericana. Madrid, 2011, p. 2.

33 Aún cuando las demandas de los derechos pueden ser dispuestas cronológicamente en diversas generaciones,

23 La autora concluye en un derecho a la maternidad de naturaleza mixta, que habría surgido tanto como un derecho de libertad (el contenido del derecho exige la no injerencia por parte de terceros, principalmente del Estado en la decisión de ser madre) como un derecho de prestación (derecho social que implica la protección del Estado de la relación maternal, como derecho positivo de actuación). Esa naturaleza mixta le haría participar de algunos elementos propios de los derechos fundamentales, en cuanto derecho de libertad, pero también de los sociales, con base esencialmente en el artículo 39.2 CE y del derecho a fundar una familia, reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable conforme los artículos 10.2 y 96 CE. Cfr. MARRADES PUIG, A.I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia. 2002, pp. 205-207.

24 IGAREDA GONZÁLEZ, N., Cit. “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, pp. 176 y 178

25 ALCORTA IDIAQUEZ, I., Cit. “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, p. 165

26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

27 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

28 Por Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores (BOE de 6 de mayo de 1999) se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades

facultan al individuo a comportarse como considere, sin injerencias; mientras que los positivos dependen de terceros y de los recursos asignados, lo que en gran parte depende de la voluntad política. El desafío para el siglo XXI es garantizar todos los derechos humanos negativos, y promover los positivos³⁴

El origen de los derechos sexuales y reproductivos se remonta a la década de 1960³⁵. Más que un reconocimiento de los derechos de la mujer, connotación adquirida después, tuvieron como fin controlar la explosión demográfica. Fue a finales del siglo XX, con la Conferencia Mundial de El Cairo, en 1994, cuando se produce el cambio conceptual, que da origen a la adopción de los términos “derechos reproductivos” y “salud reproductiva” como derechos humanos, posteriormente impulsados con las conquistas en igualdad.

Por otro lado, aunque tales derechos reproductivos no están explicitados (aunque sí definidos en el proceso de El Cairo), como tales, en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos sí que existe consenso en observar su inclusión, dispersa, en los mismos, de lo que resulta su aplicabilidad. Es por ello que, con Alda Facio, se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes³⁶. Los derechos humanos que contribuyen a la salud sexual y reproductiva, interactuando de forma dinámica, pueden ser agrupados siguiendo a Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens y Mahmoud F. Fatahalla³⁷, en los siguientes:

- a) a la vida, la supervivencia, la seguridad y la sexualidad
- b) a la autodeterminación reproductiva y la libre opción a la maternidad
- c) a la salud³⁸ y los beneficios del progreso científico
- d) a la no discriminación³⁹ y el debido respeto por las diferencias
- e) a la información, la educación y la toma de decisiones

De ellos deriva que el control de la natalidad por parte de las mujeres no debería convertirse en el control de la natalidad de las mujeres. La maternidad debe ser una decisión que las mujeres tomen de forma informada. La anticoncepción forzada y la maternidad forzada son dos caras de la misma moneda. También se ha afirmado que un derecho humano de las mujeres, que aún debe alcanzarse, es el derecho a la vida, puesto que muchas corren un gran riesgo durante el embarazo y el parto⁴⁰.

El derecho a la no discriminación, es el corolario

38 Los derechos relativos a la salud y los beneficios del progreso científico, se reconocen en el artículo 12 del Pacto Económico, y en la Observación General n° 14, que promueve la incorporación de la perspectiva de género, reconociendo la influencia de los factores socioeconómicos en el nivel de salud, como la condiciones de trabajo. La reciente Resolución de la Asamblea General de N.U., de 21 de diciembre de 2012, sobre “Función de las Naciones Unidas en la promoción de un nuevo orden humano mundial” expresa la preocupación por la creciente desigualdad.

39 El derecho a no ser discriminado, constituye un principio fundamental subyacente a la teoría de los derechos humanos. Desde la perspectiva del derecho laboral conlleva el derecho a no ser discriminada ni despedida por causa de embarazo o maternidad, tal y como determinan diversos instrumentos internacionales, y especialmente de la OIT, que se ha ocupado desde su constitución en 1919, de la crucial relación entre maternidad y trabajo. La igualdad de derechos del hombre y la mujer fue objeto de la Observación General n° 16 sobre igualdad.

40 “La tragedia que suponen las muertes maternas en el mundo, ha alcanzado unas dimensiones que no se pueden ignorar; si hubiera un Diario de Noticias sobre Salud Reproductiva para el mundo, la portada tendría el mismo titular espeluznante cada día en relación al peaje mortal que paga la reproducción humana: 1450 mujeres mueren; miles más quedan seriamente afectadas... Estas mujeres no mueren porque presenten dificultades de difícil solución sino porque las sociedades en las que viven no creen necesaria la inversión en medidas que podrían proteger su salud o no reciben el apoyo internacional suficiente”. FATHALLA, M. F., “Diez años después de El Cairo: Es el momento de renovar nuestro compromiso con los derechos de salud sexual y reproductiva”, Entre Nous, n° 57, 2003, p.3.

las especies son siempre, respecto a los poderes constituidos, solamente dos: o impedir sus maleficios u obtener sus beneficios. Cit, BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*.

34Cfr. COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, PROFAMILIA. 2003

35 Cfr. TURNER SAELZER, s., “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida” *Revista de Derecho*, Vol. XII, n° 2, 2001, pp. 206-216.

36ALDAFACIO, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008. La autora explica como el compromiso de entender los derechos humanos desde una perspectiva de género fue asumido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, 1993. Lo que llevó a la comunidad internacional a darse cuenta que tenía la obligación de promover, proteger y garantizar también los derechos reproductivos porque no se puede hablar de derechos humanos de las mujeres sin hablar de derechos reproductivos, ya que éstos son una parte integral de aquellos.

37 COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. Cit. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2003.

del principio de igualdad, que exige debida atención a las diferencias. La paradoja más devastadora en este ámbito de los derechos humanos es que muchas sociedades discriminan contra las mujeres cuando las diferencias entre sexos no deberían importar, mientras ignoran las diferencias en aspectos cruciales, como la necesidad vital de recibir tratamiento materno⁴¹.

Respecto al derecho a beneficiarse del progreso científico, es un derecho que fundamenta el acceso a las TRA, siendo especialmente pertinente el análisis que sitúa, el desarrollo de los derechos reproductivos, técnicamente asistidos, en un marco de derechos humanos como garantía de accesibilidad, calidad y para evitar nuevas discriminaciones⁴².

2.3 Las conferencias internacionales

El cambio conceptual en esta materia, como ya se ha observado, se ha visto favorecido por la CEDAW, y sobre todo en la Conferencia de El Cairo de 1994, CIPD, y con la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas de la Mujer, celebrada en Beijing, Peking, en 1995 (Conferencia de Beijing)⁴³, adoptando compromisos renovados periódicamente.

La CIPD (Capítulo VII, puntos 7.2 y 7.3 del Informe) recoge por primera vez las definiciones de los derechos reproductivos⁴⁴, considerando su ejercicio

41 COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. Cit. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2003.

42 “Ante el desafío de cómo poder utilizar los avances científicos para mejorar la calidad de vida y la salud reproductiva, especialmente la de las mujeres, sin crear aún más formas de discriminación y violencia en su contra o sin negar la autonomía reproductiva y dignidad de las mujeres, la solución bien puede encontrarse en los derechos humano”. ALDA FACIO, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, p.66.

43 *Conferencia Internacional de Población y Desarrollo* de la ONU, en El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (UN. Doc. A/CONF. 171/13, 18 de octubre 1994). *Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres: Acciones para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz*, de la ONU, en Beijing, 1995 y su Plataforma de Acción. Los documentos finales de las Conferencias fueron adoptados por Resoluciones de la Asamblea General de la ONU: UN GA Res. 4/128 de 19 diciembre de 1994; UN GA Res. 50/124 de 20 diciembre de 1995 y UN GA Res. 50/203 de 23 febrero de 1996.

44 “...los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre

una condición previa para que las mujeres alcancen una igualdad efectiva respecto a los hombres, y de la salud reproductiva como: “Un estado general de bienestar físico, mental y social, y no sólo de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con que frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos” (Punto 7.2). Definiendo la atención de la salud reproductiva como “El conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”. Definiciones asumidas por la Organización Mundial de la Salud, OMS, y por la LOSSR⁴⁵.

Entre los objetivos del Programa de Acción de El Cairo, se incluyó el propiciar que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas a más tardar para el año 2015⁴⁶ y que su atención debiera abarcar la prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad (Punto 7.6). Asimismo dotó a los derechos humanos de perspectiva de género, al explicitar que los derechos de la mujer y el tomar en consideración sus necesidades de salud, incluyendo la reproductiva, son necesarios para el desarrollo; planteando la salud reproductiva como un asunto de justicia social⁴⁷.

y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. ...Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres...” CIPD, p.7.3.

45 Definición de la LOSSR en su artículo 2 c): “Salud reproductiva: la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos”.

46 Tal meta de acceso universal a servicios de salud reproductiva, además forma parte de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (Objetivo 5: Mejorar la salud materna).

47Cfr. COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA,

3. CRITERIO DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS

Los Tribunales de Derechos Humanos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre los derechos reproductivos utilizando TRA, desde la perspectiva de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, lo ha hecho en la reciente sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No 257, en el caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica”.

El caso, planteado por varias familias afectadas, tiene su origen en la prohibición de practicar la fecundación In Vitro, FIV, en Costa Rica, por decisión de la Sala Constitucional en el año 2000, al considerar que violentaba la vida humana y los derechos de los no nacidos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos había recomendado al Estado costarricense que levantara la prohibición, así como la CEDAW⁴⁸ para facilitar y ampliar los derechos reproductivos de las mujeres. El caso llegó a la CIDH, que consideró que con la prohibición de la FIV se habían afectado los derechos a la vida privada y familiar, los derechos reproductivos, y a la integridad personal. Al analizar la interferencia desproporcionada, y el impacto discriminatorio de la prohibición, la CIDH se basa en que el derecho a la vida privada está estrechamente relacionado con: a) el derecho a la familia, b) la autonomía reproductiva, y c) el acceso a servicios de salud reproductiva, que comprende el derecho de acceso a la tecnología médica adecuada. La CIDH considera que la decisión de ser o no madre, o padre, es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de serlo en el sentido genético o biológico. Calificando de interferencia en su vida privada y familiar, y de carga desproporcionada, el

hecho de que las personas demandantes tuvieran que interrumpir sus tratamientos médicos, o viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

La CIDH también se pronuncia sobre la supuesta afectación del derecho a la vida por generar pérdida de embriones. En este sentido realiza una interpretación del artículo 4⁴⁹ de la Convención, que le permite concluir que el embrión no puede ni debe ser tratado jurídicamente de manera igual a una “persona”, haciendo alusión a la protección gradual de la vida según su desarrollo, e indica que la pérdida embrionaria es un riesgo común, tanto en el embarazo natural, como con FIV. La sentencia considera, por otra parte, que la infertilidad constituye una limitación funcional reconocida como enfermedad por la OMS; y que las personas afectadas por la prohibición de la técnica debieron haber sido destinatarias de los derechos de las personas con discapacidad, habiéndolas impedido tratar de superar la situación de desventaja a través del acceso al progreso científico. Considerando la prohibición de la FIV constitutiva de una discriminación indirecta, por su impacto desproporcionado para la discapacidad, el género al afectar especialmente a las mujeres, y a la situación económica. Condenando, en definitiva, al Estado a incluir la FIV de forma gradual en el Seguro Social.

La sentencia, si bien contó con un voto disidente, mereció el concurrente del Presidente, el Juez Diego García-Sayán⁵⁰ que acentuó la importancia de la

49 El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969) contempla el derecho a la vida, estableciendo: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

50 Del voto concurrente del Juez DIEGO GARCÍA-SAYÁN se destacan las siguientes consideraciones: 1. Al sustentar la prohibición absoluta a la Fertilización in Vitro (FIV) en el alegado “derecho a la vida” porque con la FIV se produciría “pérdida embrionaria”, se omite que esta también ocurre en los embarazos naturales y la prohibición, generó, paradójicamente, un impedimento a la vida al bloquear el derecho de hombres y mujeres a la procreación. Se instituyó, así, un impedimento indebido a la vida. 2. El impacto discriminatorio de la prohibición. Los Estados no deben producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. En este caso la prohibición impactó discriminatoriamente sobre las víctimas en relación con aspectos cruciales como la situación de discapacidad o la situación económica. 3. La discapacidad consistente en la infertilidad requiere una atención especial y las políticas del Estado deben propender a la inclusión y no a la exclusión. 4. Los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad, teniendo en cuenta que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha establecido que la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo” 5. Las reparaciones establecidas por la Corte

M.F. Cit. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, 2003. La Recomendación General sobre “la Mujer y la Salud” del CEDAW (Recomendación General N° 24, de 2 de febrero de 1999, señala los deberes de los Estados (respetar, proteger y cumplir) para que la mujer pueda disfrutar del derecho a la atención de la salud, incluida la reproductiva. La Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva, y los derechos en esta materia (2001/2128(INI)), participando del marco internacional citado, pide a los Estados que faciliten la accesibilidad a los servicios sanitarios reproductivos sin discriminación, destacando que la salud reproductiva considerada desde la perspectiva de los derechos humanos, en relación con los derechos de la mujer, son esenciales para el progreso de la sociedad en general. En ella se observan las disparidades existentes en esta materia dentro de la UE, en especial la enorme desigualdad que sufren las mujeres europeas en el acceso a los servicios de salud reproductiva.

48 Observaciones finales del Comité al Estado de Costa Rica, CEDAW/C/CRI/CO/5-6. Distr. general 2 de agosto de 2011.

sentencia que “En esencia y por su propio contenido, es una contribución fundamental a favor de la vida como lo expresan las más de 5 millones de personas que hoy disfrutan de la vida gracias a que sus padres recurrieron a este tipo de métodos contra la infertilidad y que no existirían de no haber sido por eso”.

La relación del derecho a la salud reproductiva con el acceso al progreso científico, fue resaltada en las alegaciones presentadas, entre otros, como *Amicus Curiae*, por la Defensoría de los Habitantes, especialmente orientadas a visibilizar el impacto discriminatorio que la prohibición de la técnica biomédica suponía para la salud y situación de las mujeres⁵¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, también ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre la vinculación de los derechos humanos y la salud reproductiva asistida, en la Sentencia de 28 agosto 2012, TEDH 2012/72, (Sección 2ª) en el asunto *Costa y Pavan contra Italia*, declarando la violación del artículo 8 de la Convención⁵²,

tienen su razón de ser no sólo en lo que atañe directamente a las víctimas, sino que establecen, también, medidas orientadas a la sociedad en su conjunto. El Estado no sólo debe dejar de producir regulaciones y prácticas discriminatorias sino que debe dejar sin efecto la prohibición y facilitar gradualmente el uso de esta técnica de reproducción para quienes lo requieran y deseen. 6. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. Corresponde entonces que el Estado continúe avanzando progresivamente en garantizar sin discriminación el acceso a los tratamientos adecuados y necesarios para enfrentar las distintas formas de infertilidad. 7. La sentencia tiene en esencia una orientación a favor de la vida.

51 Así se exponía: “Se trata de una decisión reproductiva que requiere el acceso a una técnica científica moderna, y que ha sido restringida por el Estado, afectando particularmente a las mujeres. En el caso del acceso al progreso científico a través de la técnica FIV, la garantía de éxito se encuentra supeditada al ciclo de vida de las mujeres; si éstas no lo ejercen en un determinado estadio de su vida, se les niega para siempre el ejercicio de este derecho, a diferencia de los hombres quienes una vez resuelta su infertilidad pueden tener hijos, sin condicionamiento a su edad. En razón de lo anterior, la respuesta estatal no puede darse en un tiempo indefinido”. “Invertir en la salud reproductiva de las mujeres es, sin duda alguna, la mejor herramienta para mejorar la calidad de vida, dejando llevar a cabo su proyecto de vida mediante su empoderamiento, que dan como resultado sociedades más justas... “La técnica de FIV constituye, tal como acredita la CIDH en el caso concreto... la única forma de ejercer la maternidad biológica para las mujeres y ello solamente es posible, a través de la garantía estatal del acceso al progreso científico”.

52 El artículo 8 del Convenio establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria

por negar a una pareja la selección de embriones para evitar la transmisión de una enfermedad genética de la que eran portadores⁵³. En esencia observa la incoherencia y falta de proporcionalidad de la legislación italiana, en la medida en que permite el aborto terapéutico ante la afectación genética del feto, más desarrollado que un embrión al que se practicaría la selección genética.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LOS FACTORES SOCIALES DE LA CRISIS DE FECUNDIDAD⁵⁴ Y SUS IMPLICACIONES.

Como ya se mencionó, los tratamientos de RHA están en plena pujanza, siendo demandados cada vez más por mujeres que optan, o se ven compelidas socialmente a optar, por retrasar la maternidad. Aparecen de este modo, con frecuencia, problemas de esterilidad en mujeres mayores, en términos de edad fértil, que demandan unas técnicas inicialmente diseñadas para mujeres jóvenes con patología tubárica. La edad es un factor limitante de la fertilidad, se empleen o no TRA. El grado máximo de fertilidad femenina se sitúa alrededor de los 23-24 años, disminuye a partir de los 30, especialmente de los 35 y es muy bajo a partir de los 40. Sin embargo las posibilidades de las TRA, en no pocas ocasiones, se sobrevaloran por falta de información adecuada. De tal modo que a partir de cierta edad, como bien decía Lorca “una cosa es querer con la cabeza, y otra es que el cuerpo, maldito sea el cuerpo, no nos responda”⁵⁵. Ello enlaza con las causas sociales de la infertilidad, principalmente por el factor edad, resultado del retraso de la edad de maternidad, postergada

para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

53 Los demandantes se enteraron de que eran portadores sanos de una enfermedad genética tras el nacimiento de una hija con la enfermedad. En un nuevo embarazo, los demandantes efectuaron un diagnóstico prenatal que indicó que el feto estaba afectado por la enfermedad, practicando una interrupción médica del embarazo, IME. Deseando tener acceso a las TRA y al diagnóstico genético preimplantatorio, antes de quedar nuevamente embarazada, no le fue posible porque tales técnicas no estaban disponibles para todas las personas.

54 En la Editorial del nº 63 de *Entre Nous*, titulada “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa?” GUNTA LAZDANE, G. y BRYLD, J. hacían referencia a la “crisis de la fecundidad”, y a las propuestas de expertos de crear entornos amigables para las familias, haciendo hincapié en los factores sociales como condicionante tanto del origen de la situación, como para su solución.

55 GARCÍA LORCA, F., *Yerma* (1934). Alianza editorial. Mayo de 1998. Madrid

por motivos sociales y/o laborales⁵⁶. Lo que acentúa la crisis demográfica que compromete los sistemas de protección social, focalizando entre las cuestiones necesitadas de debate científico, jurídico y social, el derecho a la preservación de la fertilidad por motivos sociales.⁵⁷

Tanto desde la OMS, como especialmente desde la OIT, se ha evidenciado la importancia del factor empleo, como determinante de la salud, especialmente de la reproductiva. Los instrumentos internacionales, Directivas, Convenios y demás documentos jurídicos antidiscriminación son reflejo de la crítica relación entre maternidad y empleo. Pero quizás, la prueba más patente⁵⁸ de esa compleja coexistencia sea el constante goteo de despidos de trabajadoras que desean ejercer el derecho a ser madres, y cuyo carácter discriminatorio no siempre es fácil de probar en su elemento causal⁵⁹. En este punto debe llamarse la atención sobre la vulnerabilidad laboral de la mujer que sigue tratamientos de salud reproductiva biomédicamente asistida, y de la insuficiente protección de su seguridad y salud en el trabajo, en las fases iniciales del tratamiento, considerando el caso (cada

vez más frecuente) contemplado en la sentencia del TJCE de 26 de febrero de 2008⁶⁰, que resolvió la cuestión prejudicial consistente en determinar si una trabajadora en tratamiento con TRA estaba protegida por la Directiva 92/85⁶¹, al ser despedida una vez fecundados los óvulos in Vitro, pero antes de su transferencia al útero de la mujer. La respuesta negativa de tal específica protección, al optar el Tribunal por un concepto restrictivo de la protección derivada del embarazo, se motiva en considerar que no se está aún ante una trabajadora embarazada en tales casos, y para evitar que la posibilidad de crioconservación de los óvulos ya fecundados o embriones, durante largo tiempo, antes de su implantación en el cuerpo de la mujer, pudiese dar lugar a supuestos de utilización abusiva de la técnica como blindaje ante un eventual despido. Por más que la sentencia remita al análisis del caso a la luz de la normativa y principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo, la falta de amparo por la específica normativa que debe proteger la seguridad y salud de las trabajadoras que tratan de ser madres, desconoce los nuevos riesgos y vulnerabilidades laborales que, paradójicamente, conllevan los tratamientos con TRA. No es extraño pues, que la edad reproductiva se posponga, incluso en los países más desarrollados, por la necesidad de acceder, mantener o progresar en la carrera profesional; dando lugar a la consecuente infertilidad por el factor edad, producto de un contexto sociolaboral que en vez de apoyar el ejercicio del derecho a la salud reproductiva mediante TRA, la perturba. Situación especialmente preocupante con la actual crisis económica que puede imposibilitar, aún más, la maternidad a muchas mujeres en edad fértil.

Ante ello, no sólo la política laboral tiene un importante papel que desempeñar, creando un entorno amigable para el empleo de la mujer. También desde las políticas públicas de protección a la salud, desarrolladas por el Sistema Nacional de Salud, tanto desde la atención primaria como desde la especializada,

56 Esta cuestión se resalta en muchos estudios actuales. Así entre otros por OLIVA, G; GUILLÉN, M y ALOMAR, S., en *Desarrollo de un sistema de priorización de pacientes en lista de espera para técnicas de reproducción humana asistida*, (2007); en el *Libro Blanco Sociosanitario: La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*, VVAA. (2011); y en *Cit. "Factores socioculturales y reproducción"* de MENDOZA LADRÓN DE GUEVARA, N, SALAMANCA BALLESTEROS, A., LOBO ABASCAL, P., en el que, al abordar la edad como factor social, indican que en el epicentro de la crisis demográfica prima un punto netamente cultural: el aplazamiento en el deseo genésico, por poderosas razones laborales y económicas, lo que acelerará las previsiones de los expertos sobre el aumento de la esterilidad en el mundo civilizado.

57 Muestra del debate existente sobre la situación referida a la preservación de la fertilidad sin indicación médica, es el Grupo de Trabajo de preservación de la fertilidad, constituido en la Sociedad Española de Fertilidad, SEF, cuya oportunidad y denominación se justifica así: "la aparición e incremento en los últimos tiempos de la demanda de Preservación de la Fertilidad por motivos personales, profesionales, sociales, etc, mueve a nuestro Grupo de Trabajo a abordar este tema. Se trata de mujeres u hombres, con o sin pareja, que desean posponer sus deseos reproductivos hasta un momento en que su situación haga más favorable el intento de tener descendencia. Queremos señalar que ha habido debate para seleccionar la forma de hacer referencia a esta situación. Finalmente, no sin discusión previa, se acuerda de utilizar la referencia *Preservación de la fertilidad SIN indicación médica versus Preservación Social de la Fertilidad o por causa Social*".

58 Por no recordar prácticas a nivel mundial relacionadas con exigencias de esterilidad, abortos forzados, o políticas de natalidad que afrentan los derechos humanos de las mujeres.

59 Cfr. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., "Despido y fecundación in Vitro", *Aranzadi Social* Pamplona. 2011.

60 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de fecha 26 de febrero 2008, en el asunto "C-506/06", en el caso "*Sabine Mayr contra Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*". El caso es comentado por GONZÁLEZ DEL RIO, J.M. en "Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in Vitro y derecho comunitario" *Aranzadi Social*, 2008 y por RUBIO VELASCO, F. "Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad", *Aranzadi Social*, 2012.

61 Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

conviene desplegar una mayor sensibilidad y atención a la salud reproductiva y al factor socio-laboral determinante de la creciente infertilidad. Comenzando con formación adecuada de los profesionales, para que puedan facilitar información adecuada, en tiempo fértil oportuno, desde el primer nivel de atención; hasta proporcionar servicios específicos - científica y legalmente admisibles - de tratamiento de la infertilidad y de prevención de la misma, mediante servicios para preservar la salud reproductiva, la fertilidad, no solo por indicación médica, sino también por causa social.

La revista *Entre Nous*, desde la OMS, se hacía eco de la creciente preocupación por la decreciente natalidad europea (que es tendencia mundial), en su nº 63: “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa”, exponiendo como los intensos cambios demográficos experimentados en los últimos treinta años, reflejan unos niveles de natalidad por debajo de la tasa de reemplazo, de 2,1 nacimientos por mujer, en una deriva calificada como “la trampa de la baja fecundidad”⁶², que es liderada por Italia y España.

Sin embargo las políticas diseñadas frente a los desafíos demográficos para los sistemas de protección social, y para la consecución de los objetivos de progreso de la Unión Europea 2020⁶³, que eviten su declive, están apostando por retrasar la edad de jubilación, políticas migratorias, e incrementar las tasas de empleo y actividad (especialmente de las mujeres, por ser muy bajas), olvidando poner más énfasis en un elemento esencial, cual es el citado factor social de la decreciente natalidad. La sensibilidad ante tal factor implicaría, como se ha dicho, apoyar el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres (y no precisamente con políticas pro-natalistas que comprometan sus derechos humanos) desde distintas políticas públicas. Entre las que tendrían que tener un papel protagonista, las laborales que garanticen un entorno profesional amigable y mejor protección frente a los despidos de trabajadoras en tratamiento con TRA; así como una más integral atención por el SNS a la salud reproductiva, atendiendo a los factores sociales de la infertilidad, incluyendo el aprovechamiento del progreso científico para la preserva-

ción de la fertilidad, no solo por indicación médica, sino también por causa social. Sin olvidar, claro está, la promoción de una mayor corresponsabilidad familiar. En este contexto se ha de destacar la oportunidad que brinda el Parlamento Europeo al proponer, muy recientemente, una estrategia demográfica destinada a promover la fecundidad⁶⁴.

Líneas de acción que se revelan como actuaciones ineludibles para facilitar la libertad y derecho a procrear, con pleno respeto de los derechos humanos de las mujeres, que redundan en progreso social. Y por justicia social, porque si el factor social es el principal causante del retraso para ser madre, obligado será apoyar, con políticas sociales, en el menor tiempo del que se va a disponer, el ejercicio del derecho a su salud reproductiva, incluida la medicamente asistida.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, F. y SÁNCHEZ-CARO, J., *Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida. Manual de casos clínicos*, Fundación Salud 2000. Comares. Granada, 2009.
- ALCORTA IDIAQUEZ, I. “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”. *Derecho y Salud*. Volumen 11, Nº 2, 2003. Asociación Juristas de la Salud. Y “Donación de óvulos”. *Tribuna sanitaria. El País*. 28/03/2006.
- ALDA FACIO, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorama S.A., Costa Rica, 2008.
- ALER GAY, I “Sociología de la Maternidad en España”, en *Maternidad y Salud, Ciencia, Conciencia y Experiencia*, Informes, Estudios E Investigación, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, pp. 72-75
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991

62 Revista “Entre Nous”, nº 63 Pág. 4.

63 Comunicación de 3.3.2010, de la Comisión *Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM (2010) 2020. Contiene el objetivo consistente en que el 75 % de la población de entre 20 y 64 años debería estar empleada en 2020. Sobre el reto demográfico: Comunicación de la Comisión de 12.10.2006: *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad*. COM(2006) 571 final

64 Propuesta de Resolución, de 27.6.2013, sobre la aplicación, a nivel comunitario, de una estrategia demográfica destinada a promover la fecundidad y a hacer frente al descenso de la población. B7-0330/2013

- CAMBRÓN INFANTE, A. “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos”, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Cambrón Infante, A. (Coord), Madrid. Trotta. 2001, pp. 165-210
- COOK, R. J., DICKENS, B. M. y FATHALLA, M.F. *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, PROFAMILIA. 2003
- FATHALLA, Mahmoud F. “Diez años después de El Cairo: Es el momento de renovar nuestro compromiso con los derechos de salud sexual y reproductiva”, Editorial. *Entre Nous*, nº 57, 2003.
- FEITO GRANDE, L. “Evolución de la mujer ante la salud sexual y reproductiva desde un análisis bioético”. En Sánchez-Caro, J. y Abellán, F., *Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000, Madrid-Granada, 2010, pp. 245-262.
- GARCÍA LORCA, F., *Yerma (1934)*. Alianza editorial. Mayo de 1998. Madrid
- GARRIDO MEDINA, L. “La revolución reproductiva.” en Castaño, C. Palacios, S. (Ed) *Salud, dinero y amor. Cómo viven las mujeres españolas de hoy*, (capítulo 11). 1996. Madrid: Alianza, pp. 205-238.
- GOMEZ SÁNCHEZ, Y., “Las mujeres y la delimitación constitucional de la Bioética”, en *Mujeres y Constitución*, Freixes San Juan, T. (Coord.), CEPC, Madrid, 2000, pp. 623 -668.
- GONZÁLEZ DEL RIO, J.M. “Despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in Vitro y derecho comunitario”. *Aranzadi Social*. Revista Doctrinal. Junio 2008
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, Universidad Autónoma de Barcelona. Puigpelat Martí, F. y Bodelón Gonxzález, E., (Cds), Barcelona, 2010.
- NADAL PEREÑA, J. (Editor), *Donación de embriones*, VVAA, Momento Médico srl. Salerno (Italia), 2013.
- MACINNES, J y PÉREZ DÍAZ, J. “La tercera revolución de la modernidad; la revolución reproductiva”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)* N.º 122, 2008.
- MARRADES PUIG, Ana I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, PUV. Universitat de Valencia. 2002.
- MENDOZA LADRÓN DE GUEVARA, N, SALAMANCA BALLESTEROS, A., LOBO ABASCAL, P., “Factores socioculturales y reproducción”, en *Estilo de vida y fertilidad*, Checa, Manau y Martínez (Coords), Sociedad Española de Fertilidad, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2011.
- OLIVA, G; GUILLÉN, M y ALOMAR, S., *Desarrollo de un sistema de priorización de pacientes en lista de espera para técnicas de reproducción humana asistida*, Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Sanidad y Consumo, Agència d’Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques de Catalunya; Madrid, 2007.
- OMS. “Madre o nada: la agonía de la infertilidad”, *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*. Volumen 88, Número 12, diciembre 2010, 881-882.
- PUIGPELAT MARTÍ, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida”. *Revista Aldaba*. Nº 32. UNED-Melilla, 2004, pp. 63-81.
- RUBIO VELASCO, F. “Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad”. *Aranzadi Social*, 77/2012.
- RUBIO, J. “El “invierno” demográfico de media España”. *El Mundo*, de 16 de octubre de 2011.
- SALAS DARROCHA, J.T. “Derecho a la reproducción humana”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm 7/2002, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002
- SÁNCHEZ-CARO, J. Y ABELLÁN, F., *Salud sexual y reproductiva. Aspectos científicos, éticos y jurídicos*, Fundación Salud 2000. Madrid-Granada, 2010.

- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Despido y fecundación in Vitro”, *Aranzadi Social* paraf. 12/201, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.
- TABOADA, L, *La Maternidad tecnológica*, Icaria Editorial, 1986.
- TURNER SAELZER, S. “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida” *Revista de Derecho*, Vol. XII, n.2 pp. 206-216 Valdivia. Diciembre 2001.
- VEIGA, Anna. *El milagro de la vida. De la Fecundación in Vitro a las células madre*, R.B.A. Libros, S.A.. Barcelona 2011.
- VVAA. “Baja fecundidad ¿el futuro de Europa?”. *Entre Nous*, FNUAP y Oficina Regional Europea de la OMS. N° 63, 2006.
- VVAA. *Libro Blanco Sociosanitario: La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*. Del Campo Martín, A., (Dtor). Matorras Weinig, R. (Editor.) Coroleu Lletget, Buena-ventura y Romeu Sarrió, Alberto, Pérez Milán, Federico (Coeds). Sociedad Española de Fertilidad. Madrid. 2011.

EL ANONIMATO DEL DONANTE EN LOS SUPUESTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Ángela Ruiz Sáenz

*Asesora Jurídica. Servicio de Asesoramiento Jurídico
Consejería de Sanidad y Servicios Sociales
Gobierno de Cantabria*

ÍNDICE

1. LA FIGURA DEL ANONIMATO DEL DONANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE JUNIO DE 1999.
3. EL REGISTRO NACIONAL DE DONANTES DE GAMETOS Y PREEMBRIONES CON FINES DE REPRODUCCIÓN HUMANA.
4. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El derecho a conocer el propio origen biológico encuentra su amparo en la Constitución española y en la legislación civil. No obstante, una excepción a este derecho se halla en la legislación reguladora de las técnicas de reproducción humana asistida. La presente comunicación pretende abordar el tema relativo al anonimato del donante en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, concretamente en su artículo 5, precepto que salvaguarda el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico en una redacción similar a la contenida en la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La figura del anonimato del donante ha sido avalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de

1999 que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra la citada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, pese a lo cual un importante sector de la doctrina defiende la ausencia de fundamento constitucional.

PALABRAS CLAVE

Donación de gametos y preembriones, donación anónima, confidencialidad, filiación, investigación de la paternidad, protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios, Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones.

1. LA FIGURA DEL ANONIMATO DEL DONANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El derecho a conocer el propio origen biológico encuentra su amparo en el artículo 39.2 de la Constitución española (en adelante CE) conforme al cual la ley posibilitará la investigación de la paternidad, y en la legislación civil, concretamente en el artículo 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que admite la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, en los juicios sobre filiación. Otros preceptos constitucionales que pueden aducirse como fundamento del derecho a conocer el propio origen biológico son el artículo 10

CE en lo relativo a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, el artículo 14 CE que recoge el principio de igualdad o el artículo 15 CE en cuanto al derecho a la integridad moral. Una excepción a este derecho se halla en la legislación reguladora de las técnicas de reproducción humana asistida, que ampara el derecho a la intimidad del donante de gametos y preembriones frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida recoge en su artículo 5¹ el régimen jurídico aplicable a los donantes de gametos y preembriones, configurando el contrato de donación como un contrato gratuito², formal³ y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar⁴, previéndose la posibilidad de que se revoque

1 Todas las disposiciones previstas en el artículo 5 de la Ley resultan de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

2 En virtud de lo previsto en el artículo 5.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *“la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica rescritoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta (...)”*. Consecuentemente, el carácter gratuito de la donación no significa que la donación tenga que resultar gravosa para el donante, pudiendo establecerse una compensación económica rescritoria. En el mismo sentido señala el artículo 5 del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana que *“establecido el carácter de la donación de gametos y preembriones como actos voluntarios, altruistas, gratuitos y desinteresados, en ningún caso existirá retribución económica para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por los gametos o preembriones donados”*.

3 De conformidad con el artículo 5.4 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *“el contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad”*

4 Tal y como señala el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, el estado psicofísico de los donantes deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los mismos que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes

la donación cuando el donante precise para sí de los gametos donados, y siempre y cuando aquellos estén disponibles a la fecha de la revocación. Para este supuesto concreto prevé la norma la devolución por el donante de los gastos originados al centro receptor.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, prevé la posibilidad de revocar la donación en aquellos supuestos en que “el donante precise para sí de los gametos donados” sin especificar qué supuestos concretos pueden ampararse en la citada regulación. Frente a la actual regulación, la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, más restringida en su regulación a este respecto, preveía la posibilidad de revocar la donación en el supuesto de que “el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados”. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la nueva regulación resulta acorde con lo previsto en el artículo 11.6 de la vigente Ley que prevé la posibilidad de modificar en cualquier momento el consentimiento otorgado para la utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o del tejido ovárico criopreservados para cualquiera de los fines previstos en la Ley. La previsión relativa a la devolución por el donante de los gastos originados al centro receptor no puede entenderse sino como un medio disuasorio frente a una posible revocación de la donación.

La ley limita a seis el número máximo autorizado de hijos nacidos en España generados con gametos de un mismo donante. A tal efecto, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones, siendo responsabilidad del centro o servicio que utilice los gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. La superación del límite establecido determinará la destrucción de las muestras procedentes del correspondiente donante.

En virtud de lo previsto en el artículo 5.5 de la Ley, la donación será anónima, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los

no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitir correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Sin perjuicio de lo anterior, la citada Ley reconoce el derecho de las receptoras de los gametos y de los preembriones y de los hijos nacidos, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. En este sentido, el artículo 18.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, establece el deber de los equipos médicos de recoger en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas, de modo que los datos de las historias clínicas, a excepción de la identidad de los donantes, se ponga a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales, cuando llegada su mayoría de edad, así lo soliciten. La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en la Ley aparece tipificada en el artículo 26. b) como una infracción grave lo que conlleva una sanción de multa desde los 1.001 hasta los 10.000 euros, frente a la tipificación como infracción muy grave contenida en la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

De lo previsto hasta aquí, parece desprenderse de la Ley un anonimato absoluto de los donantes de gametos y preembriones. Sin embargo, y en atención a las excepciones contempladas por la norma, podemos hablar de un anonimato relativo. En este sentido, el último párrafo del artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite que, sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, pueda revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En cualquier caso, dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

Asimismo, la revelación de la identidad del donante no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación (artículo 8.3 de la Ley), esto es, no modificará la relación paterno-materno-filial establecida previamente ni en las relaciones personales ni en las patrimoniales, no pudiéndose exigir responsabilidad jurídica alguna al donante.

Y es que, tal y como señalaba el Preámbulo de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, *“la colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el derecho de familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos (...) pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan”*.

La sola referencia a los donantes de material reproductor como “personas ajenas” es suficientemente ilustrativa del sentido que adopta el legislador en el tratamiento del donante en la “creación de los futuros hijos” mediante la intervención científica y tecnológica, regulación que parece tener su justificación, tal y como señala la propia exposición de motivos, en el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en la forma que considere libre y responsablemente.

Consecuencia lógica de lo anterior, no cabe la selección del donante a petición de la receptora, sino que la elección del donante sólo puede realizarse por el equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación, si bien procurará la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora. En todo caso deberán cumplirse la exigencias contenidas en el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

En definitiva, cabe afirmar que la regulación contenida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, salvaguarda el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico,

favoreciendo con ello el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. No cabe duda de que la supresión del anonimato del donante y por tanto el reconocimiento del derecho del hijo a conocer su origen biológico supondría una reducción considerable de las donaciones y en consecuencia de los tratamientos y de la calidad asistencial, y ello en tanto que la efectividad de la Legislación en materia de técnicas de reproducción humana asistida reside en su mayor parte en la persona que dona los gametos o preembriones, tal y como ha admitido el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 17 de junio de 1999 objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE JUNIO DE 1999

La figura del anonimato del donante ha sido avallada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 que resuelve recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Entre los motivos por los que se impugna la citada Ley nos interesa la pretendida incompatibilidad del artículo 5.5 de la misma, relativo al anonimato de la donación y de redacción similar al artículo 5.5 de la Ley vigente, con lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución, conforme al cuál la Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión en el Fundamento Jurídico 15 de la precitada sentencia señalando que, si bien es cierto que la Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, ello no implica la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos a averiguar, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, la identidad de su progenitor.

Recuerda el Tribunal Constitucional que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, mientras que la revelación de la identidad del progenitor en la aplicación de técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación. Es decir, la identificación del progenitor en la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida tiene por ob-

jeto, no tanto la determinación de la filiación, sino la satisfacción de una necesidad personal de conocer el propio origen biológico.

Afirma asimismo el Tribunal Constitucional que de la regulación contenida en el artículo 5.5 de la Ley no se derivan consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos, y ello porque, por un lado, el anonimato de los donantes regulado por la Ley no es absoluto, en atención a las excepciones previstas en la norma, y por otro lado, porque se atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor.

Finalmente concluye el Tribunal defendiendo que la finalidad de la Ley no es otra que compatibilizar la obtención de gametos y preembriones imprescindibles para la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida con el derecho a la intimidad de los donantes⁵, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial. En definitiva el Tribunal Constitucional reconoce a la figura del donante como elemento clave en las técnicas de reproducción humana asistida, de forma que sin donante no hay técnicas, resultando que sólo con la exención de responsabilidades a su cargo se facilitan los voluntarios.

⁵ En relación con la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional en relación con la necesaria compatibilización de la obtención de gametos y preembriones con el derecho a la intimidad de los donantes señala DURAN RIVACOBÁ, R. que *"el recurso de constitucionalidad precisamente se ocupa de si el anonimato paterno es admisible a la vista del artículo 39 de la Constitución, que contempla sin cortapisas la libre búsqueda de la paternidad. Es, por tanto, impropio que alegue la Sentencia como axioma "el derecho a la intimidad de los donantes". Eso es justo lo que debería discutirse: si hay derecho a la intimidad de los donantes, eufemismo que oculta el anonimato del padre. El hecho supone una petición de principio flagrante. Me gustaría saber dónde radica el pretendido derecho a la intimidad de los donantes de semen en cuanto tales y por qué se admite de antemano, hurtándolo al debate, al menos en su significación exacta. Como personas individuales no me ofrece su derecho a la intimidad duda de ninguna especie, pero no tanto en su faceta de padres efectivos por vía de fecundación artificial, o cualquier otra. Parece un exceso y un abuso que tu intimidad impida ser conocido por tu descendencia, máxime si el ordenamiento español no reconoce un derecho incondicionado y absoluto a la intimidad". Véase DURAN RIVACOBÁ, R. "Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma", *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010, pág. 50.*

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores han señalado la ausencia de fundamento constitucional en el precitado precepto 5.5. En este sentido DÍEZ SOTO señala que *“pese a contar con el aval de la STC 116/1999, tal planteamiento, sustentado en un pretendido derecho a la procreación carente de fundamento constitucional, resulta difícilmente conciliable con las exigencias constitucionales, especialmente en lo que se refiere al principio de igualdad de todo nacido con independencia de su filiación, y al derecho que todo hijo tiene a recibir asistencia de todo orden de sus padres (arts. 14 y 39 CE)”*⁶. En el mismo sentido señala VIDAL MARTÍNEZ que *“la normativa en la LTRA en relación con el anonimato del donante, contraviene a la Constitución colaborando a que los nacidos mediante estas técnicas sean considerados como objetos y no como personas, negándoles derechos básicos como el derecho a la no discriminación y el derecho a conocer su origen, encuadrable a nuestro juicio en el artículo 10.1 de la C.E., cuyos principios en el ámbito de la protección de la familia y de la dimensión familiar de la persona humana son igualmente vulnerados por esta figura legal”*⁷.

Un importante sector de la doctrina considera inconstitucional la regulación del anonimato del donante fundamentándolo principalmente en la conculcación del ya comentado artículo 39.2 CE que impone el llamado “principio de verdad biológica”; el artículo 39.3 CE que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; el artículo 14 CE en tanto que negar a unos hijos el derecho a conocer su filiación biológica frente a otros atenta contra el derecho de igualdad; el artículo 10 CE en tanto que se atenta contra la dignidad del hijo y el libre desarrollo de su personalidad, entendiendo que aquellos que desconocen su origen biológico mal pueden desarrollarse como persona; el artículo 15 CE concretamente en lo relativo al derecho a la integridad moral y el artículo 18 CE en lo relativo al derecho a la intimidad personal y familiar del hijo.

6 DÍEZ SOTO, C. M. «Usuarios de la técnicas» en LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C. y MONJE BALMA-SEDA, O.: Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Editorial DYKINSON SL, Madrid 2007, pág. 107).

7 VIDAL MARTÍNEZ, J. «La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español» en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A. M.: Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Editorial Comares, Granada 1998, pág. 103.

Los principales argumentos esgrimidos a la hora de levantar el anonimato del donante son el derecho a conocer el propio origen biológico, esto es, la prevalencia de la llamada “verdad biológica” y la necesidad emocional de todo ser humano de conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores.

3. EL REGISTRO NACIONAL DE DONANTES DE GAMETOS Y PREEMBRIONES CON FINES DE REPRODUCCIÓN HUMANA

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, preveía en su disposición final primera apartado b) el establecimiento, en el plazo de seis meses desde su promulgación, de los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y los usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida, a cumplimentar por los equipos biomédicos. Asimismo preveía en su disposición final tercera la regulación, en el plazo de un año desde su promulgación, de la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana con las garantías precisas de secreto y en forma de clave.

En cumplimiento de las anteriores disposiciones, el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, al objeto de lograr uniformidad en los criterios básicos y mínimos a los que habrá de someterse a los donantes de productos utilizables en reproducción asistida,⁸ y regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, cuyas normas de funcionamiento se recogen en la Orden de 25 de marzo de 1996.

8 Los protocolos obligatorios de estudio de los donantes pretenden el control sanitario y el nivel de calidad de los productos donados, descartando en la medida de lo posible la aparición de malformaciones y enfermedades congénitas de carácter hereditario de la descendencia. En este sentido, el artículo 2 del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, exige de los donantes de gametos y preembriones los requisitos siguientes: *“Ser mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar. Al objeto de evitar, en la medida de lo posible, la aparición de malformaciones cromosómicas, las donantes de gametos femeninos no deberán tener más de treinta y cinco años de edad ni más de 50 años los donantes de gametos masculinos; estar en buen estado de salud psicofísica; la donación se formalizará mediante contrato escrito, previa información por protocolo de consentimiento informado de los fines y consecuencias del acto, así como de los procedimientos y estudios a los que será sometido el donante”*. Al objeto de garantizar el cumplimiento de los citados requisitos los donantes serán sometidos a un reconocimiento médico, que se reflejará en una historia clínica, con inclusión de antecedentes personales y familiares así como un examen físico.

A fin de garantizar que su actividad se desarrolle bajo las máximas garantías de exactitud, integridad, puntualidad y confidencialidad, el Registro Nacional asignará a cada donante incluido en el mismo una clave interna que permita la identificación de cada registro individual de donante, garantice la no duplicidad de registros en base central para un mismo donante y permita relacionar la identidad del donante con los restantes datos registrados relativos a receptores y resultados de la donación.

El citado Real Decreto configura el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana como un Registro Único formado por las bases de datos de cada centro o servicio autorizado por la Comunidad Autónoma respectiva, mediante su agregación en una Base Central administrada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, señalando en el artículo 9 que la información recogida en la historia clínica de usuarios de las técnicas de reproducción asistida, la correspondiente al proceso de selección de donantes, así como toda aquella información individualizada contenida en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones tanto en la Base Central como en los centros y servicios autorizados, serán recogidos, tratados y custodiados en la más estricta confidencialidad, debiendo producirse esta custodia conforme a lo dispuesto por la Ley General de Sanidad, en los artículos 2, 5, 7, 19, 20 y disposición final tercera de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales. Ello sin menoscabo de las condiciones de información establecidas por la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida para los nacidos por la aplicación de estas técnicas y de las circunstancias extraordinarias de ruptura del deber de secreto expresamente establecidas por la Ley de Medidas Urgentes para la Salud Pública y por la propia Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en aquellos casos en que fueran de aplicación⁹.

⁹ En virtud de lo dispuesto en el apartado decimocuarto de la Orden de 25 de marzo de 1996, el Ministerio de Sanidad y Consumo habilitará los mecanismos necesarios para el funcionamiento de este Registro Nacional con medios informáticos. De este modo, la precitada Orden prevé que tanto en lo referente a los archivos informáticos de la Base Central como en los correspondientes a las bases descentralizadas en centros y servicios deberá realizarse su inscripción en la Agencia de Protección de Datos, desde el momento de constituir los archivos informáticos correspondientes y para la totalidad de los datos contenidos en los mismos. A tal fin la precitada Orden dispone que la inscripción y creación de los ficheros deberán cumplir los procedimientos y requisitos establecidos por los artículos 18.1 y 18.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter

Consecuentemente, la información contenida en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones será recogida, tratada y custodiada en la más estricta confidencialidad, sin perjuicio del derecho que los hijos nacidos tienen por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad (derecho reconocido asimismo a las receptoras de los gametos y de los preembriones) y de las circunstancias extraordinarias que permiten revelar la identidad de los donantes previstas en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

En virtud de lo previsto en el artículo 8.2 del precitado Real Decreto, el registro individual de cada donante aceptado contendrá sus datos de identificación conforme al apartado I del anexo (nombre y apellidos, dirección, fecha de nacimiento, documento nacional de identidad, número de registro o código de identificación personal, lugar de nacimiento y nacionalidad). Relacionados con el registro individual de cada donante, identificado a través de número de clave interno, constarán los siguientes datos: a) Número de preembriones obtenidos con sus gametos e identificación de las personas de las que procedan cada uno de los gametos del otro sexo; b) Identificación de receptores de la donación de gametos, sean por técnica de inseminación artificial o mediante FIV con gameto de receptor; c) Identificación de la mujer/es receptora/s de los preembriones obtenidos; d) Datos de identificación de los recién nacidos vivos, incluidas incidencias detectadas tras el nacimiento; e) Partos de recién nacidos muertos; f) Interrupción de embarazo por malformación o enfermedad fetal de origen genético o por otras causas.

En virtud de lo dispuesto en el apartado decimotercero de la Orden de 25 de marzo de 1996 la Base Central del Registro Nacional comunicará a las bases descentralizadas en los centros y servicios autorizados la baja forzosa de donantes que, habiendo realizado una o más donaciones en el mismo, hubieran generado seis descendientes como hijos propios

Personal, ley que ha sido derogada por la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. Por otro lado, previamente a la petición de inscripción de los archivos en la Agencia de Protección de Datos, se dispondrá de protocolos de protección de la confidencialidad de los archivos y comunicaciones informáticas. En dichos protocolos deberá constar la identidad de los responsables de archivo y los sistemas de acceso a la información individualizada deberán requerir en cualquier caso la identificación simultánea de dos personas autorizadas, con especificación del archivo o archivos concretos para los que tienen facultad de acceso.

del donante o mediante el empleo de los gametos o preembriones donados o en el caso de que hubiera sido suspendida su aceptación como donante en otro centro o servicio autorizado.

Sin perjuicio de lo previsto en el Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, posterior en el tiempo, regula el Registro Nacional de donantes en su artículo 21 como aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de sus datos, señalando que este registro consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. La Ley prevé su organización y funcionamiento a través de Real Decreto del Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, como órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, cuyo fin es promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado.

- ROMERO COLOMA, A.M. “La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 789, 2009, págs. 10-13

- VIDAL MARTÍNEZ, J. “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A. M.: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada 1998, pág. 103.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BARBER CÁRCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», REDUR 8, diciembre de 2010, págs. 25-37.

- DÍEZ SOTO, C. M. “Usuarios de la técnicas” en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C. y MONJE BALMASEDA, O.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Editorial DYKINSON SL, Madrid 2007, pág. 107)

- DURAN RIVACOBÁ, R. “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010, págs. 3-54

- NIETO ALONSO, A. “Reproducción asistida y anonimato de los progenitores”, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 3, 2004 , págs. 2309-2336

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE MEDICAMENTOS DE USO HUMANO

Gustavo Merino Gómez

*Asesor Jurídico. Consejería de Sanidad y Servicios Sociales
Gobierno de Cantabria*

ÍNDICE

1. MARCO JURÍDICO COMUNITARIO APLICABLE A LOS ENSAYOS CLÍNICOS
2. ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE MEDICAMENTOS DE USO HUMANO
3. EL NUEVO REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE MEDICAMENTOS DE USO HUMANO.
4. EL DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO.
5. PROYECTO DE INFORME EMITIDO POR LA COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, SALUD PÚBLICA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA DEL PARLAMENTO EUROPEO.
6. CONSECUENCIAS DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.
7. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

En atención al incremento del número de ensayos clínicos y a la dimensión universal de los principios éticos comprometidos, desde comienzos del siglo

XX las Organizaciones Internacionales han aprobado normas relativas a los principios jurídicos que deben informar su práctica.

La Unión Europea (UE) no ha sido ajena a esta problemática y ha aprobado una extensa normativa con el fin de armonizar las regulaciones nacionales de los Estados miembros y lograr un marco europeo homogéneo que asegure un espacio común de seguridad en la realización de ensayos clínicos.

Sin embargo, el rigor de la normativa europea se ha traducido en que el número de ensayos realizados ha descendido notablemente desde el año 2007 en favor de los países emergentes, en los que el procedimiento resulta menos gravoso para promotores e investigadores.

Por ello, la UE quiere volver a ser un espacio atractivo para que las empresas farmacéuticas lleven a cabo estudios a través de la aprobación de un nuevo Reglamento Europeo que reemplace a la actual Directiva sobre ensayos clínicos de medicamentos de uso humano y que agilice la obtención de las autorizaciones necesarias sin poner en peligro la seguridad y transparencia de los ensayos.

PALABRAS CLAVE

Experimentación con seres humanos, ensayos clínicos, investigación, derecho comunitario.

1. MARCO JURÍDICO COMUNITARIO APLICABLE A LOS ENSAYOS CLÍNICOS

El marco jurídico aprobado por la UE en relación con los ensayos clínicos viene determinado por las siguientes normas:

a) La Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano¹ que establece disposiciones específicas relativas a la realización de los ensayos clínicos, incluidos los ensayos multicéntricos, efectuados en seres humanos.

b) La Directiva de la Comisión 2005/28/CE de 8 de abril de 2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos² que recoge un catálogo de buenas prácticas que deberán aplicarse a los medicamentos en investigación de uso humano.

Asimismo, cabe destacar la regulación parcial de determinados extremos relacionados con los ensayos clínicos contenida en la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano³ y la Directiva 2003/94/CE de la Comisión, de 8 de octubre de 2003, por la que se establecen los principios y directrices de las prácticas correctas de fabricación de los medicamentos de uso humano y de los medica-

mentos en investigación de uso humano⁴.

En materia de protección de los datos obtenidos en los ensayos resulta aplicable la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁵.

2. LOS ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE MEDICAMENTOS DE USO HUMANO

Tal y como señala la Propuesta de Reglamento, la Directiva 2001/20/CE ha aportado importantes mejoras a la seguridad y la ética de los ensayos clínicos en la UE y a la fiabilidad de los datos obtenidos en los mismos. Sin embargo, es posiblemente el acto legislativo de la UE más criticado en el ámbito de los productos farmacéuticos. La Directiva ha sido criticada desde todos los sectores interesados, tanto por los pacientes, la industria como por los propios investigadores.

Según la Comisión Europea, las principales críticas que ha recibido la actual regulación se centran en los siguientes aspectos:

a) Se ha producido una disminución en el número de solicitudes de autorización de ensayos clínicos, que se cifra en torno a un 25 % en el período 2007-2011.

b) Los costes de realización de ensayos clínicos han aumentado respecto a la situación previa a la aplicación de la Directiva 2001/20/CE, en parte debido a las necesidades adicionales de personal por los promotores de los ensayos para gestionar el proceso de autorización.

c) Las obligaciones y restricciones establecidas en la Directiva 2001/20/CE se aplican, en gran medida, independientemente del riesgo para la seguridad del sujeto.

1 Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:121:0034:0044:ES:PDF>.

2 Directiva de la Comisión 2005/28/CE de 8 de abril de 2005. Disponible en http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir_2005_28/dir_2005_28_es.pdf.

3 Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001. Modificada entre otras, mediante la Directiva 2004/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, así como en la Directiva 2001/82/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios y mediante la Directiva 2012/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE en lo referente a la farmacovigilancia. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:311:0067:0128:es:PDF>.

4 Directiva 2003/94/CE de la Comisión, de 8 de octubre de 2003. Disponible en http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir_2003_94/dir_2003_94_es.pdf.

5 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:ES:PDF>.

Según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en la UE se presentan cada año alrededor de 4.400 solicitudes de autorización de ensayos, de las cuales, un 80% son promovidas por la industria farmacéutica y otro 20% por instituciones académicas u hospitales.

La disminución en el número de solicitudes de autorización de ensayos clínicos, a nivel europeo, ha sido desigual, y por ejemplo en España, a diferencia de lo que ocurre en la UE se ha producido un aumento en el número de solicitudes de autorización para la práctica de ensayos clínicos en un promedio de un 3,8% anual en el referido período 2007-2011.

Según la Comisión Europea, entre las causas de la disminución del número de solicitudes se encuentra la excesiva carga administrativa impuesta por la Directiva 2001/20/CE que ha conllevado, por un lado, un aumento estimado del 98 % de los costes administrativos y por otro que el plazo medio para iniciar un ensayo desde la solicitud de su autorización ha pasado a 152 días, lo que constituye un aumento del 90 %. Sin embargo, la disminución del número de solicitudes en materia de ensayos clínicos no puede atribuirse única y exclusivamente a la Directiva 2001/20/CE sino que han influido otros factores en el descenso de la actividad en materia de ensayos clínicos como el aumento en torno a un 800% de los costes por seguros de los promotores industriales.

Según un informe de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) de 8 de abril de 2013 sobre la localización geográfica de los ensayos clínicos más del 60% de los pacientes que participaron en ensayos clínicos relacionados con medicamentos sobre los que se había remitido solicitud de autorización de comercialización a la EMA, fueron reclutados fuera del Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza.

El informe de la EMA muestra que en los 15 Estados originales de la UE, más Noruega, Islandia y Liechtenstein, los estudios clínicos descendieron desde el 32% al 19% durante el periodo de observación (2005-2011). Como consecuencia, los pacientes de enfermedades raras que viven en estos países y en otros Estados miembros están siendo privados de oportunidades para participar en ensayos clínicos.

El informe muestra la preocupación de que la investigación se esté derivando fuera de Europa debido a los complejos y caros procedimientos administrativos requeridos según la Directiva 2001/20/CE que determina el procedimiento de los ensayos clínicos

en la UE.⁶

3. EL NUEVO REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS ENSAYOS CLÍNICOS DE MEDICAMENTOS DE USO HUMANO

Con fundamento en los artículos 114 y 168.4.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), la Comisión ha aprobado el 17 de julio de 2012 una propuesta de Reglamento⁷ que pretende armonizar el marco reglamentario de los ensayos clínicos, contribuir a armonizar las normas sobre los productos farmacéuticos comercializados, incluida la autorización de comercialización y establecer altos niveles de calidad y seguridad de los medicamentos.

El texto se basa en las directrices de buenas prácticas clínicas internacionalmente aceptadas en la planificación, la realización, el registro y la comunicación de los ensayos clínicos, coherentes con los principios derivados de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial en su versión de 2008.⁸

El texto propuesto adopta la forma de Reglamento y supondrá la derogación de la Directiva 2001/20/CE. La Comisión pretende garantizar un procedimiento coherente de presentación de solicitudes de autorización de ensayos clínicos y de sus modificaciones sustanciales y en aras de conseguir su simplificación.

El empleo del Reglamento como instrumento jurídico sustituirá las medidas nacionales de transpo-

6 Clinical trials submitted in marketing-authorisation applications to the European Medicines Agency. Overview of patient recruitment and the geographical location of investigator sites. Disponible en: http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2009/12/WC500016819.pdf

7 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0369:FIN:ES:PDF>.

8 Declaración de Helsinki, versión 2008. Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre 1975, 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983, 41ª Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, septiembre 1989, 48ª Asamblea General Somerset West, Sudáfrica, octubre 1996, 52ª Asamblea General, Edimburgo, Escocia, octubre 2000, Nota de Clarificación del Párrafo 29, agregada por la Asamblea General de la AMM, Washington 2002, Nota de Clarificación del Párrafo 30, agregada por la Asamblea General de la AMM, Tokio 2004 y 59ª Asamblea General, Seúl, Corea, octubre 2008. Disponible en http://www.ub.edu/recerca/Bioetica/doc/Declaracio_Helsinki_2008.pdf

sición y permitirá a los implicados planificar y realizar los ensayos clínicos, también multinacionales, en un único marco reglamentario, y no en el actual “mosaico” de las veintisiete regulaciones nacionales derivadas de la transposición de la Directiva por cada Estado miembro.

No obstante, pese a la adopción como forma jurídica del Reglamento, seguirán existiendo ámbitos donde la normativa de la UE se vea completada por la legislación nacional⁹.

La propuesta no interfiere con la organización interna de cada Estado miembro en cuanto a qué organismos participan en el proceso de autorización de un ensayo clínico. Son los Estados miembros quienes determinan su sistema organizativo para dar cumplimiento a lo establecido en el procedimiento de autorización establecido por el Reglamento.

Por consiguiente, el Reglamento propuesto, a diferencia de la Directiva 2001/20/CE, no establece los organismos de un Estado miembro que deben aprobar las solicitudes de autorización de ensayos clínicos.

El Reglamento no regula ni armoniza el funcionamiento preciso de los comités de ética, ni impone en la UE una cooperación operativa sistemática entre los comités de ética, ni restringe el ámbito de la evaluación por el comité de ética. Lo importante es que los Estados miembros garanticen una evaluación independiente. Para ello se exige que toda solicitud de autorización de ensayo clínico tenga que ser evaluada conjuntamente por un número razonable de personas independientes, profanos incluidos, que reúnan entre todas las cualificaciones y la experiencia necesarias en todos los ámbitos pertinentes.

En este sentido, se identifican los aspectos del ensayo que requieren una posición común por parte de todos los países participantes y cuales requieren solo una evaluación nacional. Asimismo se introduce el concepto de Estado miembro declarante que es quien debe hacer el informe de evaluación y la necesidad de un solo punto de contacto que transmita la posición del Estado respecto a la participación en el ensayo, con independencia de quienes sean los encargados de realizar la evaluación, a través de un único dictamen.

La Propuesta pone el acento en el cumplimiento

⁹ Seguirá siendo el Estado miembro el que determine quién es el “representante legal” del sujeto de ensayo o las normas fundamentales sobre la responsabilidad por daños y perjuicios.

de unos plazos de evaluación cortos con la intención de fomentar la investigación clínica en la UE.

El ámbito de aplicación del Reglamento se refiere a la investigación clínica de medicamentos en sentido amplio, pues solo excluye estudios clínicos que no impliquen intervención sobre seres humanos.

El Reglamento establece un procedimiento de autorización simplificado para los llamados “Ensayos clínicos con intervenciones de poca intensidad” que son identificados de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Cuando los medicamentos en investigación están autorizados.
- b) Cuando según el protocolo del ensayo clínico, los medicamentos en investigación se utilizan de conformidad con los términos de la autorización de comercialización, o su uso constituye un tratamiento estándar en alguno de los Estados miembros afectados.
- c) Cuando los procedimientos complementarios de diagnóstico o seguimiento entrañan un riesgo o carga adicional para la seguridad de los sujetos mínima en relación con el de la práctica clínica habitual en alguno de los Estados miembros afectados.

Asimismo, la Propuesta introduce un nuevo procedimiento de autorización de ensayos clínicos basado en los siguientes conceptos:

- a) Un expediente de autorización armonizado inspirado en las actuales orientaciones de la Comisión.
- b) Un “portal único” para presentar una solicitud de autorización de un ensayo clínico, enlazado a una base de datos de la UE, gestionado por la Comisión Europea y gratuito para los promotores.
- c) Un procedimiento de evaluación flexible y rápido de las solicitudes en el que participan todos los Estados miembros en los que el promotor tiene previsto efectuar el ensayo clínico.
- d) Un mecanismo claro para designar al “Estado declarante”.
- e) Unos plazos breves y claros para la obtención de la autorización con la posibilidad de la aprobación tácita cuando esos plazos se incumplan.

f) Un foro de coordinación y asesoramiento para abordar las cuestiones que puedan surgir en el procedimiento de autorización, gestionado y presidido por la Comisión.

g) Una distinción clara entre los aspectos en los cuales los Estados miembros cooperan en la evaluación y los aspectos intrínsecos, de carácter ético, nacional o local, cuya evaluación es competencia exclusiva de cada Estado miembro.

h) La posibilidad, en casos determinados, de que un Estado miembro se autoexcluya voluntariamente de las conclusiones de una solicitud de autorización de un ensayo.

i) Cada Estado miembro define la estructura organizativa y las competencias internas para evaluar las autorizaciones de ensayos clínicos, respetando las directrices internacionales sobre la independencia de los evaluadores.

j) Un procedimiento rápido para “ampliar” un ensayo clínico a otros Estados miembros.

k) Si un ensayo clínico se modifica después de haber sido autorizado, tal modificación solo estará sujeta a autorización si tiene repercusiones importantes en la seguridad y los derechos de los sujetos de ensayo o en la fiabilidad y consistencia de los datos obtenidos en el ensayo clínico.

A pesar de que la propuesta introduce un nuevo procedimiento simplificado de autorización de ensayos clínicos, persigue establecer altos niveles de calidad y seguridad de los medicamentos de dos maneras:

a) Garantizando la fiabilidad y consistencia de los datos obtenidos en ensayos clínicos, y que los tratamientos y medicamentos para el paciente se apoyan en datos clínicos fiables y consistentes.

b) Estableciendo elevadas normas de calidad y seguridad de los medicamentos que se administran a los sujetos de ensayo (aun reconociendo que esta garantía solo es posible dentro de los límites de aquello que se desconoce, inherentes a todo ensayo clínico). Entre otros mecanismos, esto se garantiza mediante el procedimiento de autorización que establece la propuesta de Reglamento, y mediante las normas de fabricación de medicamentos utilizados en ensayos clínicos, los informes de seguridad y las inspecciones.

4. EL DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO

Mediante Dictamen aprobado en sesión de 12 de diciembre de 2012, el Pleno del Comité Económico y Social Europeo realizó una serie de recomendaciones sobre el texto de la Propuesta de Reglamento sometido a su informe¹⁰. Entre las consideraciones del dictamen cabe destacar las siguientes:

a) Pide que se establezca un área única de gobernanza de la UE para los ensayos clínicos, que permita a los pacientes participar en diferentes ensayos clínicos en distintos Estados miembros, independientemente de su país de origen o residencia, y que respete los principios universales de carácter ético, científico y técnico en función de los cuales se evalúan los ensayos clínicos.

b) Acoge favorablemente y defiende con firmeza la implantación y el uso de un portal único para los ensayos clínicos tanto multinacionales como en un solo Estado.

c) Suscribe la propuesta del Reglamento de dividir en dos partes el procedimiento de evaluación coordinada. De esta manera, se creará un sistema claro y comprensible gracias al cual no se producirán duplicaciones de las evaluaciones realizadas por los órganos interesados y que permitirá a los pacientes acceder lo antes posible a un ensayo clínico, más o menos en el mismo momento, en todos los Estados miembros interesados.

d) Pide que se prevea expresamente en el Reglamento la realización de evaluaciones por un comité de ética independiente con arreglo a lo establecido en el punto 15 de la Declaración de Helsinki, el capítulo II de la propuesta y la Directiva 2001/20/CE.

e) Pide que la UE apoye y facilite la cooperación y el intercambio de información científica entre Estados miembros dentro de una red de comités de ética designados por los Estados miembros. Se propone la adopción de disposiciones relativas a la Creación de una red de comités de ética.

f) Apoya firmemente la distinción que establece

¹⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:044:0099:0103:ES:PDF>

el Reglamento en lo relativo a los ensayos clínicos con intervenciones de poca intensidad.

g) Acoge favorablemente la intención de reforzar las salvaguardias relativas al tratamiento de datos personales siempre que se establezca un equilibrio apropiado entre los derechos de las personas y el uso seguro de los datos de los pacientes en la investigación en el ámbito de la salud.

h) Apoya la creación de un Grupo de Consulta y Coordinación sobre Ensayos Clínicos (GEC).

i) Propone establecer un procedimiento común para la autorización de ensayos sobre medicamentos y productos sanitarios y reducir la duplicación en la medida de lo posible.

j) Reconoce que los datos de ensayos clínicos que se presenten en un expediente de solicitud de autorización de comercialización deben basarse en ensayos clínicos inscritos en la plataforma de registros internacionales de ensayos clínicos de la Organización Mundial de la Salud, o en un registro aprobado por el Comité Internacional de Directores de Revistas Médicas (ICMJE).

5. PROYECTO DE INFORME SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EMITIDO POR LA COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, SALUD PÚBLICA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA DEL PARLAMENTO EUROPEO

La Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria del Parlamento Europeo ha aprobado el 31 de enero de 2013 un Proyecto de Informe sobre la propuesta de Reglamento¹¹.

Dentro del citado informe se hace hincapié en que, debido a la forma jurídica que adoptó la Directiva sobre ensayos clínicos, se produjo la aplicación incoherente por parte de los Estados miembros de la legislación en la UE lo que ha convertido los ensayos transfronterizos en proyectos complicados y caros.

Por ese motivo, la Comisión del Parlamento apoya firmemente la propuesta de Reglamento de la Comisión, que garantizará, a su juicio, coherencia en la aplicación en todo el territorio de la UE. Ello resultará especialmente positivo para aquellos que trabajan

en la investigación de enfermedades poco comunes¹², para las cuales resulta imprescindible trabajar a escala transfronteriza¹³ dadas las reducidas poblaciones de pacientes.

El informe realiza una serie de propuestas y enmiendas al texto inicial remitido por la Comisión sobre la base de las siguientes premisas:

a) Reducción de los prolongados períodos de aprobación de los ensayos, que encarecen los ensayos en la UE.

b) Reducción de los trámites administrativos sin menoscabo de la seguridad y el bienestar de los pacientes.

c) Sustitución del concepto de “estudios clínicos”, por el de “estudio relativo a un medicamento”.

d) Creación de una Plataforma Europea de Comités éticos en el los Comités de toda Europa puedan debatir acerca de los criterios aplicados a la autorización de los ensayos clínicos e intercambiar las mejores prácticas.

e) La instauración de un Sistema Nacional de indemnización que sustituya a los seguros privados que deben suscribir los promotores.

f) En materia de pertinencia de los ensayos, el

12 Junto con la normativa que rige los ensayos clínicos, resultan relevantes, a estos efectos, las iniciativas europeas en materia de enfermedades raras. Cabe mencionar el Programa de Acción Comunitaria sobre enfermedades poco comunes, incluidas las genéticas (1999-2003), el VII Programa Marco de Investigación, la Agencia Europea del Medicamento (EMA), el Comité de Medicamentos Huérfanos (COMP), el Programa de Acción Comunitario en el ámbito de la salud pública (2003-2008), el Libro Blanco de la Comisión «Juntos por la Salud: un planteamiento estratégico para la UE 2008-2013», el proyecto EUROPLAN (Proyecto Europeo de los Planes de Desarrollo Nacionales para las Enfermedades Raras). En relación con los medicamentos huérfanos debe mencionarse el Reglamento 141/2000 (CE) de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos y el Reglamento (CE) 847/2000 de la Comisión, de 27 de abril de 2000, por el que se establecen las disposiciones de aplicación de los criterios de declaración de los medicamentos huérfanos y la definición de los conceptos de «medicamento similar» y «superioridad clínica».

13 En esta materia destaca la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:088:0045:0065:ES:PDF> así como el proyecto de Real Decreto por el que se establecen las normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza. Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Rdasistenciaintransfronteriza.pdf>.

11 Puede consultarse el texto íntegro del Proyecto de Informe en http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/envi/pr/925/925718/925718es.pdf.

informe señala que actualmente muchos ensayos se llevan a cabo en poblaciones que no necesariamente reflejan al grupo de población en el que se utilizará el fármaco. Como muestra de ello, a menudo las mujeres no están lo suficientemente representadas en los ensayos, lo que conlleva que existe menos información acerca de los efectos específicos de los medicamentos en las mujeres. Otro ejemplo serían los ensayos que excluyen a los ancianos, que tienden a padecer comorbilidades y complicaciones.

g) Respecto a la participación del paciente, el informe sostiene que deben estar bien informados y su participación no debe ser meramente simbólica.

h) En cuanto a los ensayos en países en desarrollo, se exige que si un promotor desea utilizar datos de un ensayo efectuado fuera de la UE, dicho ensayo debe haber cumplido normas equivalentes a las de la legislación de la UE, aunque esto debe ampliarse para incluir también las directrices éticas internacionales.

i) Por último, en relación con la transparencia de los ensayos, sin perjuicio de alabar la creación de una base de datos de la UE sobre ensayos clínicos disponible para el conjunto de los ciudadanos, que recoja información sobre todos los ensayos, independientemente de su éxito o fracaso. Se entiende que un simple resumen de los resultados aportado por el promotor no aporta suficiente información, ya que puede resultar sesgado o confuso. Se recomienda exigir a los promotores que publiquen un informe completo sobre el ensayo clínico en la base de datos de la UE. Se propone, además, que los Estados miembros puedan imponer sanciones económicas a los promotores que no cumplan sus responsabilidades en cuando a la transparencia. El informe respalda la propuesta de la Comisión de conceder a los promotores un año para enviar toda la información a la base de datos, un plazo más que suficiente para preparar la información necesaria. Sin embargo, el plazo de conservación del archivo clínico maestro durante al menos cinco años propuesto por la Comisión se estima insuficiente. Si se investiga a un promotor por mala conducta, el archivo clínico maestro puede resultar fundamental. Por consiguiente, sugiere que dicho archivo se conserve indefinidamente a menos que la legislación nacional disponga lo contrario. A tal efecto, el archivo maestro puede almacenarse en la base de

datos de la UE si es necesario.

6. CONSECUENCIAS DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Siguiendo los postulados de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha anunciado, con motivo de la celebración el 20 de mayo de 2013 del Día Internacional del Ensayo Clínico dos iniciativas en relación con los ensayos clínicos:

a) La tramitación de un proyecto de Real Decreto¹⁴ por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la investigación con Medicamentos y el Registro de Estudios Clínicos.

b) La puesta en marcha del Registro Español de Estudios Clínicos (REec)¹⁵.

Tal y como señala su Preámbulo, el Proyecto de Real Decreto persigue una doble finalidad; agilizar la investigación clínica con medicamentos al tiempo que se refuerzan las garantías para los participantes.

Sus objetivos son los siguientes:

a) En primer lugar, adaptar la legislación española a aquellos cambios e interpretaciones que se han introducido a nivel europeo en el proceso de armonización de la autorización de ensayos clínicos en un texto consolidado.

b) En segundo lugar, mejorar el procedimiento de autorización de ensayos clínicos con una orientación adaptada al riesgo y de forma que pueda obtenerse una posición común sobre cada ensayo clínico a partir de las evaluaciones llevadas a cabo por el Comité de Ética de la Investigación y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios facilitando así la coordinación con otras autoridades competentes europeas en el caso de los ensayos multiestado.

¹⁴ Puede consultarse en <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Rdensayosclnicosm.pdf>.

¹⁵ Se podrá acceder desde la página web de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) www.aemps.gob.es

c) En tercer lugar, establecer un marco que simplifique el intercambio de información entre todas las autoridades y agentes implicados en el ensayo clínico

d) Por último, promover la transparencia de los estudios clínicos con medicamentos y la disponibilidad de información completa y exacta sobre los mismos en beneficio de los pacientes, los profesionales sanitarios y los ciudadanos en general, afianzando la confianza de la sociedad en la investigación, y así favorecer su progreso.

Asimismo, se introducen mejoras en el procedimiento de autorización de los ensayos clínicos en España, en línea con las que se proponen para toda la UE. Se pretende incrementar la eficiencia en los procesos de notificación y evaluación, o delimitar las responsabilidades de todos los agentes implicados y, en general, adaptar la evaluación de los ensayos clínicos por los Comités de Ética de la Investigación y por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios de forma que pueda existir una posición única respecto al ensayo en los aspectos que inciden en la ponderación de los riesgos y beneficios del ensayo.

Por otra parte, el proyecto pretende desarrollar el contenido de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica que determina que los Comités Éticos de Investigación Clínica dejarán de existir en el momento en que se constituyan los Comités de Ética de la investigación. El proyecto establece los requisitos adicionales que deberán cumplir los Comités de Ética de la Investigación para poder ser acreditados como Comités de Ética de la investigación con medicamentos, teniendo en cuenta las especificidades aplicables a la investigación clínica con medicamentos y productos sanitarios y tomando como referencia los criterios de acreditación que se determinen en el desarrollo de la citada Ley.

Sin perjuicio de su inmediata puesta en marcha, el proyecto de Real Decreto regula el REec, un órgano que la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, ya preveía en su artículo 62.1 cuando señalaba como garantía de transparencia que *“los ensayos clínicos autorizados por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios formarán parte de un registro nacional de ensayos clínicos público y libre que será accesible en las condiciones que reglamentariamente se determine.”*

Para ello establece que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios debe poner a disposición de los ciudadanos en su página web información sobre los ensayos clínicos autorizados.

El proyecto regula el registro desde una perspectiva más amplia al permitir también el registro de los estudios observacionales con medicamentos. Además se ha tenido en cuenta la utilidad pública que se plantea en la Ley 29/2006, de 26 de julio, para los ensayos clínicos con medicamentos, extendiéndola, de hecho, a todos los estudios clínicos prospectivos fuera del ámbito de los medicamentos. Así, el registro será obligatorio y completo en lo que se refiere a estudios clínicos con medicamentos, pero queda abierto a su utilización como registro voluntario para cualquier otro tipo de estudio clínico cuando sus promotores deseen utilizarlo con los fines establecidos en la Plataforma de Registros Primarios de la Organización Mundial de la Salud¹⁶.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BANDRÉS MOYA, Fernando, DELGADO BUENO, Santiago y GÓMEZ GALLEGU, Félix: “Problemas éticos y jurídicos derivados de las investigaciones en el sujeto vivo. La ley de Investigación Biomédica. Normas Comunitarias Biotecnología y desarrollo de la medicina. Situación actual y conflictos médico-legales. Nuevos retos en Biomedicina y Nanotecnología. Los biobancos. Bancos de Corden”. DELGADO BUENO, Santiago (Dir). Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Editorial Bosch, Barcelona, 2011 págs. 669-714
- GARCÍA AMEZ, Javier: “La protección del paciente en los ensayos clínicos” TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dir), Estudios sobre Derecho de la Salud, Editorial Thomson Aranzadi, Cizur Menor, págs. 307-332.
- MARTÍN MATEO, Ramón: “El Avance Científico: Nuevos retos para el derecho Sanitario”. Revista Derecho y Salud. Vol. 9, Núm. 1, enero-junio 2001.

16 Plataforma Internacional de Registro de Ensayos Clínicos. Organización Mundial de la Salud. Disponible en <http://www.who.int/ictrp/es/>.

- MERINO GÓMEZ, Gustavo: “Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: Problemas legales y Tratamiento Jurisprudencial”. *Revista Derecho y Salud*. Vol. 21, Núm. 2, 2011, págs. 165-169.
- MERINO GÓMEZ, Gustavo: “Principios Jurídicos en materia de ensayos clínicos en el derecho internacional”. *Tempus Actas de Saúde Colectiva*. Vol 7 n.1, 2013, págs. 249-261
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel: *Bioética y experimentación con seres humanos*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.): *Ensayos clínicos en España: Aspectos Científicos, Bioéticos y Jurídicos*. Editorial Comares, Granada, 2006.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando: *Investigación Biomédica en España Aspectos Bioéticos, Jurídicos y Científicos*. Editorial Comares, Granada, 2007.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier: “La protección de datos personales de salud en materia de ensayos clínicos”. *Protección de datos e investigación médica*. Editorial Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando: *Datos de salud y datos genéticos*. Editorial Comares, Albolote, 2004.

Comunicaciones

II. EVENTOS ADVERSOS Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA POR ASISTENCIA SANITARIA

LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN DE LOS PROFESIONALES MÉDICO-SANITARIOS Y LA RESPONSABILIDAD POR EVENTOS ADVERSOS¹

Belén Trigo García

*Profesora contratada doctora de derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela²*

ÍNDICE

1. EL CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y LOS EVENTOS ADVERSOS.
 - 1.1. Evento adverso: definición y terminología
 - 1.2. Los eventos adversos como contenido del deber de información
2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA
5. ANEXOS
 - 5.1. Listado de páginas web consultadas.
 - 5.2. Listado de normativa consultada.
 - 5.3. Listado de jurisprudencia

RESUMEN

El objetivo de esta comunicación es profundizar en la relación entre el deber de información de los profesionales médico-sanitarios y la previsión de eventos adversos en la intervención o tratamiento de que se trate.

Para llevar a cabo este análisis se ha seguido el método casuístico, a partir del examen de los supues-

tos litigiosos que ofrece la práctica. Al respecto, ha de destacarse como en los últimos años la jurisprudencia española ha venido reconociendo la relación entre, de una parte, el cumplimiento de la obligación de información y el deber de obtener el consentimiento informado del paciente y, de otra, la posible ocurrencia de eventos adversos en el curso del tratamiento o intervención.

De esta revisión casuística de la jurisprudencia en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, cabe destacar la especial incidencia de apreciación de falta de información adecuada y/o suficiente de eventos adversos en el ámbito de las intervenciones de medicina satisfactiva; en particular, respecto de las intervenciones de naturaleza estética.

En este sentido, pese a los diez años transcurridos desde la entrada en vigor de la legislación estatal en materia de autonomía del paciente y consentimiento informado, la práctica demuestra que es posible mejorar en el cumplimiento del deber de información; en concreto, por lo que se refiere a los eventos adversos y con especial intensidad en algunas especialidades médicas.

PALABRAS CLAVE

Autonomía del paciente, consentimiento informado, obligación de informar, evento adverso, responsabilidad civil, medicina satisfactiva, derecho sanitario.

1 La presente comunicación se enmarca en el proyecto de investigación Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos (DER2011-22934).

2 Coordinadora del Grupo de Investigación USC “Marco jurídico del contexto socio-económico actual”. Vid. <http://imaisd.usc.es/grupoficha.asp?idpersoatipogruppo=193949&i=gl&s=-126-191-196-235&v=> y <https://twitter.com/DeEcSocUSC>.

1. EL CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y LOS EVENTOS ADVERSOS

Uno de los temas más ampliamente estudiados y debatidos en los últimos años en materia de derecho sanitario y, en particular, responsabilidad médico-sanitaria es, sin lugar a dudas, el deber de información del personal médico-sanitario y la consiguiente obligación de obtener el consentimiento informado del paciente.

Pese a concitar la atención de doctrina y jurisprudencia, se ha tendido, sin embargo, a descuidar un aspecto clave en la práctica: el de su relación con la posible concreción de eventos adversos asociados a la intervención o tratamiento médico.

Aunque otros ordenamientos del derecho comparado, en especial, el norteamericano, se han venido ocupando de los eventos adversos y de su incidencia en la responsabilidad médico-sanitario desde la década de los años setenta del siglo XX, lo cierto es que en el derecho europeo y, en particular, el español, se trata de un concepto de incorporación relativamente reciente y cuyo estudio empieza a cobrar ahora relevancia autónoma.

Este hecho justifica la necesidad, en primer lugar, de aclarar el concepto y de fijar la terminología empleada; para a continuación, examinar qué papel ha de desempeñar a propósito de la información relativa a la intervención o tratamiento médico.

1.1. Evento adverso: definición y terminología

Ha de llamarse la atención sobre el hecho de que la terminología no es siempre uniforme; así, junto con la denominación aquí preferida –eventos adversos–, encontramos también la referencia a efectos, resultados, acontecimientos o incidentes adversos³, o reacciones adversas. Incluso en un mismo documento o texto normativo⁴.

3 Cfr. Proyecto de Ley (referencia 121/000046) por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

4 V. gr. en la Ley 29/2006 junto a la denominación efecto adverso, se utilizan –aparentemente como sinónimas aunque con menos frecuencia– las expresiones reacción adversa y acontecimiento adverso.

Me he decantado por la expresión evento adverso por ser la más común, a día de hoy, en la literatura anglosajona y, sobre todo, por ser la elegida por la legislación comunitaria actual⁵.

Con carácter general, cabe definir el evento adverso como una lesión relacionada con la asistencia sanitaria, más que con las complicaciones de la enfermedad del paciente; incluyendo todos los aspectos de la atención tales como diagnóstico y tratamiento así como los sistemas y equipamientos utilizados⁶.

La normativa comunitaria⁷ reproduce la misma idea, si bien se cuida de distinguir evento adverso de reacción adversa. Así, entiende por «evento adverso grave» cualquier incidencia no deseada o imprevista vinculada a cualquier etapa del proceso que pueda hacer que se transmita una enfermedad transmisible, produzca la muerte o sea potencialmente mortal, genere discapacidad o invalidez, o cause o prolongue una enfermedad o una hospitalización; y por «reacción adversa grave»⁸, una respuesta no intencionada en el paciente, incluyendo una enfermedad transmisible, que podría asociarse a cualquier etapa del proceso y que produzca la muerte o sea potencialmente mortal, genere discapacidad o invalidez, o cause o prolongue una enfermedad o una hospitalización.

El creciente interés por la investigación sobre eventos adversos se justifica por la necesidad de adoptar medidas preventivas, mejorar la calidad y seguridad de los servicios sanitarios e, incluso, gestionar adecuadamente el aseguramiento de la responsabilidad civil profesional.

5 Las Directivas 2004/23/CE, 2006/17/CE y 2006/86/CE se referían a efecto adverso y a reacción adversa. El Real Decreto 1301/2006 utilizaba también la denominación evento adverso, pero como sinónima de efecto adverso o reacción adversa (vid. art. 34). No obstante, la Directiva 2010/53/UE opta claramente por la expresión evento adverso. Cfr. “Sistemas de registro y notificación de incidentes y eventos adversos”, nota al pie, p. 12, que advierte que, pese a que en la literatura internacional se admita evento y efecto adverso indistintamente, en la actualidad se tiende a converger en una Taxonomía internacionalmente aceptada.

6 Vid. “Sistemas de registro y notificación de incidentes y eventos adversos”, p. 12.

7 Vid. art. 3 letras n) y o) Directiva 2010/53/UE, respectivamente. Cfr. art. 3 letras m) y n) Directiva 2004/23/CE, y art. 3º núms. 16 y 23 Real Decreto 1723/2012.

8 Cfr. cdo. 5 Directiva 2010/84/UE, que justifica la necesidad de modificar la definición del término reacción adversa para garantizar que no solo cubre efectos nocivos e involuntarios derivados del uso autorizado de un medicamento en dosis normales, sino también de errores de medicación y usos al margen de los términos de la autorización de comercialización, incluidos el uso equivocado y el abuso del medicamento.

Obviamente, la preocupación por los efectos negativos o desfavorables que puede ocasionar la atención sanitaria existe desde siempre; no obstante, la aparición en 1999 del informe del *Institute of Medicine* (IOM) *To err is human*, ha traído a primer plano de la atención internacional el tema de la seguridad de los pacientes, enfatizando las consecuencias de los eventos adversos no solo en términos de salud, sino también desde la perspectiva económica.

1.2. Los eventos adversos como contenido del deber de información

La normativa en materia de consentimiento informado no contempla de manera expresa la información sobre los eventos adversos; no obstante, de su tenor literal, claramente se deduce la obligación del personal médico-sanitario de informar sobre los mismos al paciente. En concreto, como un riesgo inherente a todo tratamiento o intervención médica.

Precisamente, los distintos estudios clínicos sobre la incidencia y frecuencia de los eventos adversos realizados en distintas partes del mundo muestran que se trata de hechos e incidentes que, aunque evitables en buena parte de los casos, afectan a un gran número de pacientes, arrojando resultados estadísticos significativos y consistentes. A su vez, estos hechos e incidentes pueden tener graves consecuencias respecto de la salud e integridad física de los pacientes, ocasionando, incluso, la muerte⁹.

De forma genérica, el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina dispone que la persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias (art. 5).

Igualmente con el carácter de contenido mínimo de la información, la Ley 41/2002 menciona la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4. *Derecho a la información*

asistencial)¹⁰. Precisando, más adelante, que la información básica debe comprender (art. 10.1º *Condiciones de la información y consentimiento por escrito*):

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

En particular, por lo que se refiere a la información que ha de suministrarse respecto de los medicamentos y productos sanitarios, la Ley 29/2006 establece que el prospecto, que se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre, entre otras circunstancias, los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor (apartado 3º, art. 15. *Garantías de información*)¹¹.

En el ámbito autonómico, sin ánimo exhaustivo, encontramos, con matices, la misma idea en la legislación gallega, navarra y catalana.

La primera ley en ser aprobada fue la Ley catala-

¹⁰ A la información sobre los riesgos se refiere también, dentro de la normativa especial en materia de consentimiento informado, entre otras normas, el reciente RD 1723/2012 (arts. 8 y 17).

¹¹ Vid. de la misma Ley, el Capítulo VI *De las garantías de seguimiento de la relación beneficio/riesgo en los medicamentos*. Al respecto, el art. 53 (*Farmacovigilancia y obligación de declarar*) define la farmacovigilancia como la actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos de los medicamentos; estableciendo a continuación la obligación de los profesionales sanitarios, así como de los titulares de la autorización de comunicar las sospechas de reacciones adversas que pudieran haber sido causadas por medicamentos. Estos últimos, están a su vez obligados a la actualización permanente de la información de seguridad del producto y a la ejecución de programas de gestión de riesgo y a la evaluación continuada de la relación beneficio-riesgo del medicamento. Cuando las autoridades sanitarias consideren que dicha información sobre seguridad interesa de forma relevante a la salud pública, garantizarán el acceso público a la misma. Finalmente, se prevé que las Comunidades Autónomas trasladen la información recibida a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

⁹ Uno de los estudios en los que se basó el informe del IOM, anteriormente citado, fue el realizado en Harvard en los años 80, en el que se concluyó que casi un 4% de los pacientes sufre algún tipo de daño durante su ingreso hospitalario, de los que el 70% provocó daño temporal y el 14% acabó en muerte para el paciente. El informe del IOM estimó que entre 44.000-98.000 personas mueren cada año en los hospitales como resultado de los eventos adversos, cifras que superan la mortalidad en los accidentes de automóvil, el cáncer de mama o el SIDA. Para más información, vid. "Sistemas de registro y notificación de incidentes y eventos adversos", p. 11.

na 21/2000, cuyo art. 6.3º (*El consentimiento informado*) alude genéricamente a la necesidad de informar sobre los riesgos del procedimiento.

De forma parecida, la Ley Foral 11/2002 señalaba que la información abarcará como mínimo la finalidad y la naturaleza de la actuación, así como sus riesgos y consecuencias (apartado 2º art. 2. *Formulación y alcance del derecho a la información asistencial*; vid. también art. 7.2º *El consentimiento informado*).

Ley Foral 17/2010, que deroga la anterior, resulta más detallada al prever que la información a proporcionar al paciente deberá incluir al menos, entre otros aspectos, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento por criterios científicos, riesgos y consecuencias en función de la situación clínica del paciente y sus circunstancias personales, contraindicaciones (apartado 9º letras g, h, i, j, del art 49. *Consentimiento informado*).

Por su parte, la Ley gallega 3/2001 aclara que la información debe ser comprensible, continuada, razonable y suficiente; objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente (art. 8. *Características de la información previa al consentimiento*). Y deberá incluir expresamente, entre otros aspectos, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia, riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente, y contraindicaciones.

Por tanto, aun cuando no se citan específicamente los eventos adversos por la normativa aplicable como contenido mínimo o básico de la información que debe proporcionarse al paciente con carácter previo y con vistas a obtener su consentimiento, cabe concluir que deben considerarse incluidos. En primer lugar, porque son un riesgo real asociado a cualquier procedimiento, intervención o tratamiento médico-sanitario. En segundo lugar, por su carácter previsible: estamos ante acontecimientos que se repiten con frecuencia medida estadísticamente. En tercer lugar, por las graves consecuencias que pueden llevar aparejadas, incluyendo, la muerte del paciente.

Permítaseme insistir en este punto. En mi opinión, debe informarse de la posibilidad de eventos adversos aunque no sean específicos o exclusivos del

procedimiento, intervención o tratamiento en particular, sino que estén asociados, por ejemplo, a la estancia hospitalaria necesaria para una determinada intervención; sería el caso, v. gr., de las infecciones hospitalarias.

Evidentemente, nos enfrentamos aquí a uno de los aspectos más controvertidos del consentimiento informado desde la perspectiva práctica; esto es, determinar el contenido y alcance de la información a suministrar al paciente en atención a las concretas circunstancias del caso. En otras palabras, lograr que la información sea suficiente y completa, sin llegar a ser exhaustiva o alarmista.

Ahora bien, sin perjuicio de la necesidad de adaptar la información al supuesto particular, el personal médico-sanitario debe transmitir al paciente los eventos adversos más relevantes y frecuentes que pueda sufrir, como decía antes, aunque no sean específicos o exclusivos del tratamiento al que se somete. La razón es evidente: estos datos pueden influir de modo decisivo en la resolución adoptada; así, en su caso, respecto de la elección de una terapia o tratamiento alternativo, la selección del centro hospitalario en el que llevar a cabo el tratamiento o la intervención, o la decisión sobre prolongar o acortar la estancia hospitalaria.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

De nuevo en el ámbito jurisprudencial, encontramos una cierta diversidad terminológica. Como se indicó anteriormente (vid. infra epígrafe 1.1.), aquí se considerará la expresión de evento adverso como comprensiva de cualquier resultado desfavorable no vinculado directamente al estado previo de salud del paciente. El recordatorio es importante en la medida en que aporta dos precisiones.

De una parte, se consideran las reacciones adversas como una modalidad de evento adverso. De otra, se habla de paciente para referirse, en general, a la persona usuaria de servicios médico-sanitarios, sin perjuicio de que no haya propiamente una enfermedad o dolencia que deba ser tratada o curada. En otras palabras, se incluyen supuestos de la llamada medicina voluntaria o satisfactiva.

En todo caso, ha de hacerse notar que la casuística es muy amplia, y que en la selección de decisiones judiciales se ha primado aquellas más recientes (en todo caso, posteriores a la entrada en vigor de la

normativa estatal sobre consentimiento informado), y más significativas en cuanto a la interpretación de la ley aplicable.

Hay que partir de la base de que las diferencias entre medicina curativa o necesaria y medicina satisfactiva o voluntaria, así como su repercusión en las doctrinas sobre la dicotomía obligaciones de medios y obligación de resultados, no dan lugar a respuestas absolutas. Por el contrario, si bien los tribunales tienden a ser más exigentes en cuanto al cumplimiento del deber de información en las hipótesis de medicina satisfactiva¹², se rechaza, con carácter general, el establecimiento de una responsabilidad objetiva (incluyendo la responsabilidad por riesgos) a propósito de la responsabilidad médico-sanitaria. En este sentido, sostiene el Tribunal Supremo que, según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias; de este modo, las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable y de la responsabilidad consiguiente¹³.

Al respecto, en ocasiones, las decisiones judiciales distinguen entre actividad médica asistencial, propiamente dicha, y otros factores como causa del daño; también en relación con el deber de información. En este sentido, la STS de 20 de noviembre de 2009 atribuye el daño a una reacción farmacológica adversa, resultado de la medicina administrada para la estimulación de los ovarios, cuya aparición desconocían los propios facultativos, que cumplimentaron la información en los términos en que era conocido el riesgo. Por tanto, la sentencia no declara la responsabilidad de los médicos al entender que el resultado dañoso quedaba fuera de su campo de actuación, el propiamente asistencial¹⁴.

Sí se muestran más exigentes respecto del contenido de la información relativa a los riesgos derivados de una intervención de medicina satisfactiva, como es el caso de las intervenciones de cirugía estética.

12 Sin excusar la necesidad de consentimiento informado también en los supuestos de medicina necesaria, incluso cuando las enfermedades o intervenciones tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia (SSTS de 8 de septiembre de 2003 y de 4 de marzo de 2011).

13 Vid., entre las más recientes, las SSTS de 22 de noviembre de 2007 y de 23 de octubre de 2008.

14 Cfr. SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2011, que declara la responsabilidad del fabricante por información incompleta o insuficiente del prospecto de un medicamento destinado a combatir los sofocos propios de la menopausia. Vid. STS (Sala de lo Civil) de 28 de mayo de 2012.

Con carácter general, la STS de 21 de octubre de 2005 señala que el deber de información en la medicina satisfactiva, como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético¹⁵.

Ello ha llevado a entender que no existe consentimiento informado si se suministró una información genérica, no relativa a la concreta intervención en cuestión¹⁶, o si la información no es lo suficientemente detallada¹⁷.

Carácter completo o detallado que no solo abarca la posible ocurrencia del evento adverso, sino también su extensión y gravedad. En este sentido, la SAP de Málaga de 10 de noviembre de 2010, en un supuesto de tratamiento con láser, dirigido a la eliminación del vello, declara la responsabilidad al considerar el daño desproporcionado respecto de lo informado a la clienta, que se limitaba a expresar como posible efecto desfavorable quemadura, en singular, sin especificar intensidad o persistencia.

También los tribunales se han mostrado especialmente rigurosos en la observancia de la forma y prueba del consentimiento informado, al interpretar cuándo es necesario que dicho consentimiento conste por

15 Vid. SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2012.

16 Vid. SAP de Madrid de 16 de febrero de 2011 que declara la responsabilidad del facultativo, pese a que consta que la paciente firmó un consentimiento para ser intervenida, al entender que la información contenida en dicho consentimiento no reúne los requisitos necesarios para su validez dado el carácter genérico del mismo, para cualquier tipo operación de cirugía estética, sin especificar nada más, no pareciendo que una mamoplastia pueda o deba tener iguales riesgos, complicaciones o posibles resultados adversos que por ejemplo una rinoplastia, blefaroplastia o una liposucción, teniendo cada una de estas intervenciones riesgos propios y característicos de los que debe ser informado el paciente.

17 Vid. SAP de Alicante de 17 de mayo de 2012, en el supuesto de falta de una específica mención al peligro de encapsulamiento o de contractura capsular de los implantes mamarios en una intervención de cirugía estética de aumento de volumen de pecho.

escrito. Así en el caso resuelto por la SAP de Alicante de 23 de octubre de 2007, se declara la responsabilidad por falta de obtención del consentimiento informado por escrito de la paciente, al entender que esta exigencia no se limita a la intervención quirúrgica, sino también a los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores (como la inseminación artificial con espermatozoides mejorados y capacitados por vía intrauterina o intracervical) y a todos los procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud de la paciente (como era el caso).

Finalmente, no debe olvidarse que, en tratamientos estéticos, no se tiene en cuenta para valorar el resultado obtenido únicamente los posibles perjuicios a la salud e integridad física del paciente, sino también ha de atenderse a criterios estéticos, pues este es el objetivo perseguido: el embellecimiento del cuerpo¹⁸.

Esta apreciación, sin duda, conlleva un cierto grado de subjetividad. Al respecto, de nuevo, resulta fundamental una correcta y adecuada información que lleve al paciente a la formulación de expectativas realistas en cuanto a la mejora que puede conseguir.

Al respecto, apunta la SAP de Madrid de 26 de enero de 2010 (AC 2010, 360), en un supuesto de rinoplastia, que la existencia de defectos prácticamente inapreciables y fácilmente corregibles, no conlleva la declaración automática de responsabilidad civil, al considerar que no puede ser sólo la particular visión del paciente sobre el resultado desde la perspectiva de su gusto estético el criterio a tener en cuenta para valorar la actuación médica.

3. CONCLUSIONES

Es lugar común en la doctrina destacar el hecho de que la responsabilidad civil médico-sanitaria es hoy uno de los campos más dinámicos en la evolución de un sector como es el de la responsabilidad civil profesional, ya de por sí muy sensible a los cambios del contexto socioeconómico.

¹⁸ Vid. SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2004 que declara la responsabilidad del profesional sanitario en un supuesto de intervención quirúrgica de naturaleza estética por ausencia de información suficiente, al no advertirse del posible resultado adverso por la secuela de las cicatrices. Argumenta el tribunal que, con independencia de que no exista un documento firmado sobre esa información, las circunstancias concurrentes ponen de manifiesto que, o bien no tuvo lugar en absoluto, o bien si la hubo fue superficial e incompleta pues, de haber sido informada convenientemente, no se habría sometido a este tipo de intervención sino que habría optado por el lifting muscular completo, o por quedarse como estaba sin operación ninguna.

Es más, cabe apreciar sutiles diferencias y matices en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en atención a la concreta especialidad médica o al tipo de intervención y tratamiento de que se trate. Es lo que sucede, claramente, a propósito del consentimiento informado y los supuestos de la llamada medicina satisfactiva o voluntaria.

La cuestión no es baladí, desde el momento en que este tipo de intervenciones y tratamientos se diversifican hasta el punto de que en la actualidad, por ejemplo, empieza a difuminarse la frontera entre el carácter médico y el carácter puramente estético del procedimiento. Al mismo tiempo, se multiplica el número de intervenciones, lo que demuestra la pujanza económica del sector y su importancia social.

Tampoco puede perderse de vista la gravedad de las posibles consecuencias negativas de este tipo de tratamientos e intervenciones para la integridad física y la salud de las personas usuarias.

No obstante, como ha demostrado el análisis jurisprudencial llevado a cabo, el adecuado y correcto cumplimiento del deber de información con vistas a la obtención del consentimiento informado del paciente es todavía una asignatura pendiente, en particular, por lo que se refiere a la información sobre eventos adversos.

La relación entre cumplimiento de la obligación de información de los profesionales médico-sanitarios y los eventos adversos, empieza a ser reconocida por la jurisprudencia española en los últimos años. Y no por casualidad, con especial incidencia en el ámbito de las intervenciones de medicina satisfactiva.

Se echa en falta, en general, una mayor concienciación por parte de los profesionales médico-sanitarios de que la obligación de información forma parte de su correcto desempeño profesional (*lex artis*). También se advierte un cierto desconocimiento sobre el alcance de esta obligación y la importancia de la prueba de su cumplimiento, remitiéndose los profesionales con frecuencia a formularios genéricos o insuficientes.

Es cierto que el reconocimiento del concepto eventos adversos y su consiguiente desarrollo es, a día de hoy, todavía incipiente en el derecho español de responsabilidad civil. No obstante, sí encuentra acogida en la normativa general sobre consentimiento informado, incluido en la categoría amplia de riesgos, y comienza a ser objeto de tratamiento específico en alguna normativa especial.

Y, como se apuntó, la jurisprudencia se ha hecho eco de esta realidad enfatizando la importancia de la información sobre eventos adversos, en particular, cuando estamos ante supuestos de medicina satisfactoria. Llega así a exigir una información prácticamente exhaustiva sobre los eventuales efectos desfavorables de la intervención o tratamiento, haciendo hincapié más en la idea de la previsibilidad que en la de la habitualidad o frecuencia, aunque sin desconocer estos dos últimos rasgos.

Desde la perspectiva del paciente, se pone el foco en el respeto de su dignidad como individuo y su autonomía personal; como usuario de servicios sanitarios, se enfatiza el aspecto de la calidad del servicio. Desde la perspectiva del sistema sanitario (público y privado), la atención se centra en la seguridad. Desde la perspectiva del profesional, debe tenerse presente la importancia de una correcta gestión de riesgos asociados al ejercicio profesional, entre ellos, el riesgo de una reclamación por responsabilidad civil que lleve aparejada la obligación de indemnizar.

No son perspectivas excluyentes; al contrario, se encuentran inextricablemente unidas entre sí. De ahí que, para la mejora de la satisfacción de los pacientes, de la calidad y seguridad en la prestación de los servicios sanitarios, de la eficiencia en la gestión de riesgos de la actividad profesional, resulta esencial una adecuada previsión, actualización e implementación de la obligación de información, prestando especial atención a la posible ocurrencia de eventos adversos.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Campo Izquierdo, A. L., “El consentimiento informado”, *Actualidad civil*, núm. 12, 2012
- Díaz Martínez, A., “El Consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, núm. 5 (septiembre), 2011, pp. 25-35
- Domínguez Luelmo, A., Derecho sanitario y responsabilidad médica (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica), Lex Nova, Valladolid, 2007
- Institute of Medicine Committee on Quality of Health Care in America, «To Err Is Human. Build-

ding a Safer Health System», Kohn, L.T./ Corrigan, J. M./Donaldson, M. S. (eds.), Washington, D.C., National Academy Press, 2000.

- Institute of Medicine Committee on Quality of Health Care in America, «Crossing the Quality Chasm. A New Health System for the 21st Century», Washington, D.C., National Academy Press, 2001
- Leape L, Brennan T, Laird N, et al., “The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II”, *N Engl J Med*, 1991, 324, pp. 377-384
- Moreno-Alemán, J., “El riesgo de sacralización del consentimiento informado: sus efectos en la práctica asistencial”, *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Marta Gisbert Pomata, M./ Serrano Molina, A. (coords.); Carretero González, C./ de Montalvo Jääskeläinen, F. (dirs.), 2012, pp. 1785-1800
- Ribot Igualada, J., “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, *Revista de derecho privado*, 2007, pp. 29-62
- Trigo García, B., *El contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999
- Trigo García, B. / Vieito Villar, M., “Gestión ambiental de residuos sanitarios y responsabilidad por eventos adversos”, disponible en <http://www.serglo.net/congresos/gestor/upload/OC61.pdf>

5. ANEXOS

5.1 Listado de páginas web consultadas (fecha de consulta abril 2013)

- OMS 2000 - Health systems: improving performance: <http://www.who.int/whr/2000/en/index.html>
- Sistema de registro y notificación de incidentes y eventos adversos (Agencia de Calidad del Sistema Nacional de salud): http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/opsc_sp3.pdf

5.2 Listado de normativa consultada

Internacional

- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997

Comunitaria

- Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos
- Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos
- Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos
- Directiva 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, que modifica, en lo que respecta a la farmacovigilancia, la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano
- Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante.
- Directiva de Ejecución 2012/25/UE de la Comisión, de 9 de octubre de 2012, por la que se

establecen los procedimientos de información para el intercambio entre Estados miembros de órganos humanos destinados al trasplante

Estatul

- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios
- Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos
- Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

Autonómica

- Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (modificada por Ley 16/2010, de 3 de junio)
- Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica
- Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (modificada por Ley 3/2005, de 7 de marzo)
- Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra (deroga la Ley 11/2002)

5.3 Listado de jurisprudencia

- STS (Sala de lo Civil) de 8 de de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6065)
- STS (Sala de lo Civil) de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547)
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8651)
- STS (Sala de lo Civil) de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789)
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138)
- STS (Sala de lo Civil) de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2633)
- STS (Sala de lo Civil) de 28 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6545)
- SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2004 (AC 2005, 107)
- SAP de Alicante de 23 de octubre de 2007 (AC 2007, 2106)
- SAP de Madrid de 26 de enero de 2010 (AC 2010, 360)
- SAP de Málaga de 10 de noviembre de 2010 (AC 2011, 1700)
- SAP de Barcelona de 14 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2159)
- SAP de Madrid de 16 de febrero de 2011 (AC 2011,414)
- SAP de Barcelona de 10 de mayo de 2012 (AC 2012,1020)
- SAP de Alicante de 17 de mayo de 2012 (AC 2012, 2082)

RESPONSABILIDAD CIVIL POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA MEDICINA SATISFACTIVA

Virginia López Carmona
Licenciada en Derecho
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA: DEL PATER-
NALISMO AL PRINCIPIO DE AUTONO-
MÍA DEL PACIENTE
3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN
LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE,
BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONO-
MÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS
Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE IN-
FORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍ-
NICA
4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y
LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
 - 4.1 Criterio de imputación de la responsabi-
lidad civil médica.
 - 4.2 Medicina asistencial y medicina satisfac-
tiva: obligación de medios y obligación de
resultado.
 - 4.3. El consentimiento informado y la “lex ar-
tis”.
 - 4.4. Responsabilidad civil por falta de consen-
timiento informado.
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El consentimiento informado es una figura rela-
tivamente reciente, fruto del cambio de una concep-
ción paternalista a otra más acorde con la voluntad

del paciente, con sus decisiones y convicciones. Se
encuentra regulado en la Ley 41/2002 de autonomía
del paciente, que comprende los requisitos del mis-
mo relativos a la capacidad, contenido y forma. El
consentimiento informado forma parte integrante de
la “lex artis”, de modo que la ausencia del mismo
en una intervención médica generará responsabili-
dad civil, teniendo en cuenta que en el ámbito de la
medicina satisfactiva se exige un mayor rigor en la
información.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado, autonomía del pa-
ciente, medicina satisfactiva, responsabilidad civil,
“lex artis”.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente comunicación es analizar
el importantísimo papel que desempeña el consen-
timiento informado en el ámbito de la medicina, espe-
cialmente en la satisfactiva o voluntaria, a efectos de
responsabilidad.

Hoy día resulta indiscutible la función esencial
que cumple la autonomía de la voluntad del paciente,
habiéndosele atribuido un papel mucho más activo y
participativo en la toma de decisiones frente al que
tenía en pasadas generaciones. El consentimiento in-
formado es considerado como instrumento para ga-

rantizar el respeto a esa autonomía de voluntad, de ahí la relevancia e interés del tema de este trabajo.

El texto se encuentra estructurado en tres capítulos.

En el primero de ellos se va a narrar cómo ha ido evolucionando la relación entre el médico y el paciente, produciéndose un tránsito de una concepción tradicionalmente paternalista en la que el médico toma las decisiones por el paciente en su beneficio a una concepción actual más respetuosa con la autonomía del enfermo y con su propia voluntad.

En el segundo capítulo se acometerá una tarea descriptiva de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, exponiéndose el tratamiento que la misma otorga al consentimiento informado, señalando la forma de prestación del mismo, el contenido de la información suministrada al enfermo así como la capacidad requerida para prestarlo. También se detallarán las excepciones a la necesidad de obtener dicho consentimiento que contempla la Ley en determinados supuestos.

El tercero abordará la incidencia del consentimiento informado en la responsabilidad civil médica, conectándolo con la “lex artis” y planteando una serie de cuestiones relativas a los riesgos que han de ser comunicados dependiendo de si estamos en el campo de la medicina asistencial o de la satisfactiva, así como si la omisión del consentimiento informado constituye un daño autónomo susceptible de indemnización.

Finalmente, en las conclusiones destacaré que a pesar de que la Ley 41/2002 ha supuesto un gran avance para el desarrollo de la autonomía de la voluntad del paciente en el marco de la sanidad, existen aún aspectos en materia de responsabilidad civil médica por falta de consentimiento informado para los que la Ley no ha previsto una respuesta clara y que por su importancia considero que es necesario dilucidar.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA: DEL PATER-NALISMO AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE

En el ámbito de la medicina, la concepción tradicional de la relación médico-paciente ha sido paternalista: el médico, considerado como mediador entre los dioses y los hombres, busca el bien del enfermo

sin tener en cuenta su voluntad¹. De este modo, es el médico el que decide el tratamiento más adecuado para el paciente con el fin de restaurar su salud, siendo éste reputado como sujeto incapaz para elegir su propio destino.

En la actualidad aún se sigue sintiendo la influencia de ese paternalismo en determinadas circunstancias: reanimación de pacientes que solicitaron la no realización de la misma, transfusiones de sangre a aquéllos que se negaron a recibirlas, control de la información,...

En palabras de GALLEGO RUESTRA², “el paternalismo es utilizado frecuentemente en referencia a la práctica de tratar a las personas como un padre trata a sus hijos, es decir, una actuación en defensa de los mejores intereses de los hijos, basada en una legítima autoridad del padre que le permite tomar ciertas decisiones en nombre de sus hijos, anulando los derechos o decisiones de éstos. Este modelo aplicado a la medicina supone que un profesional es superior en conocimientos, experiencia y pericia, lo que le sitúa en una situación privilegiada para decidir por el paciente”.

A juicio de este autor, los elementos configuradores del paternalismo son: en primer lugar, una limitación de la autonomía de la persona, y, en segundo, que se actúe en beneficio del sujeto al que se priva de su capacidad de autodeterminación.

Esta teoría se basa en que el médico, debido a sus conocimientos, está situado en una posición de supremacía respecto del enfermo, lo que le habilita para determinar lo más favorable para él.

A diferencia del paternalismo, fundado en el principio de beneficencia, el principio de autonomía centra la protección en las creencias y valores del enfermo, de modo que el médico queda obligado a respetar la libertad y autodeterminación del paciente.

El principio de autonomía, partiendo de la libertad de cada individuo, pone de relieve el derecho de

1 Juramento Hipocrático: “Juro por Apolo médico y por Asclepio y por Higia y por Panacea y todos los dioses y diosas, poniéndoles por testigos, que cumpliré según mi capacidad y mi criterio, este juramento y declaración escrita: (...) Y me serviré según mi capacidad y mi criterio, del régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de dañar”.

2 GALLEGO RUESTRA, S. *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 57.

éste a tomar sus propias decisiones, encauzando así su vida según sus intereses.

La esencia de este principio radica en el autogobierno, esto es, la potestad de autodirigirse la persona conforme a sus convicciones sin ser influenciada por terceros.

GALLEGO RUESTRA³ señala que “en el ámbito de la ética médica se entiende que el principio de autonomía supone el respeto a la libertad y a la autodeterminación y, precisamente, este es el origen y fuente de la formulación de los derechos de los pacientes (...). La protección de los pacientes frente a los entrometimientos de terceros en las decisiones que éstos deben adoptar, implica la consideración del enfermo como un sujeto autónomo, lo que supone que éste tendrá derecho a decidir que una determinada intervención médica es inaceptable aun cuando su propia vida corra grave riesgo, siendo obligación del médico no interferir en sus decisiones limitándose a ayudar al paciente en su elección, siendo consecuentes con la posibilidad, que antes enunciábamos, de que la autonomía implica respetar las decisiones aunque conlleven un riesgo inherente”. También enumera tres condiciones para que las acciones de un sujeto puedan considerarse autónomas: conocimiento, intencionalidad y ausencia de coacción.

El conocimiento presupone que el individuo tenga posibilidad de conocer la realidad de su situación y las diferentes alternativas terapéuticas, pues, a sensu contrario, se vería mermada su capacidad de decidir.

La intencionalidad va unida a la idea de que el sujeto quiere verdaderamente la acción o decisión de que se trate.

Finalmente, la ausencia de control externo en sus distintos grados de coerción, manipulación y persuasión. Ello implica que el paciente va a actuar conforme a su criterio, sin el influjo de un tercero.

En las últimas décadas se ha apreciado un desplazamiento de la visión paternalista hacia otra más autonomista en la que el consentimiento informado desempeña un papel fundamental. Ahora el facultativo tiene el deber de respetar la autonomía de la voluntad del paciente, válida y libremente emitida.

El consentimiento informado se va configurando en la jurisprudencia de los tribunales norteamerica-

nos, evolucionando desde la mera aceptación del enfermo hasta la exigencia de una correcta información previa con el fin de que pudiera adoptar la decisión más conveniente.

Se puede destacar la sentencia del Tribunal Supremo español 1044/1995, de 26 de octubre, que versa acerca de una ligadura de trompas efectuada por el cirujano sin el consentimiento de la paciente tras la realización de una cesárea urgente en la que se produjo un desgarro uterino. El Tribunal estimó que no existían razones de urgencia para justificar dicha intervención, pues no había un peligro inminente para la vida o integridad física de la enferma. Lo único que se pretendía era evitar el riesgo de un futuro embarazo y las consecuencias graves que ello conllevaría para su salud, algo que podía conseguirse por otros medios. Por ello el cirujano fue condenado como autor de un delito de esterilización.

Merece especial importancia el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996, y firmado por España el 4 de abril de 1997 en el Hotel de la Reconquista de Oviedo (en vigor a partir del 1 de enero de 2000). Constituye la primera norma internacional vinculante sobre la materia. Señala GALÁN CORTÉS⁴ que “este Convenio se ha considerado equiparable, en importancia y rango, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, constituyendo una aportación primordial a la regulación de las actuaciones en los complejos campos de la Medicina y la Biología, al establecer un catálogo de principios ético-legales armonizadores de las aplicaciones científico-técnicas de aquellas disciplinas con la dignidad humana y los derechos y libertades de ella dimanados”.

En este Convenio se contienen una serie de principios (la dignidad e identidad del ser humano, así como el respeto a su integridad, entre otros) que muestran la necesidad y la utilidad de la información previa al consentimiento, y crean una conexión entre la exigencia del consentimiento y la protección de la dignidad de la persona y de la vida e integridad física y moral que dispensa la Constitución en sus artículos 10 y 15 respectivamente.

3 *Ibidem*, págs. 66 y 67.

4 GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 65.

Por su parte, también el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial (1999) integra una serie de artículos en los que se refleja el deber del médico de respetar las decisiones del paciente. Como ejemplo se pueden citar los artículos 8.1 (“En el ejercicio de su profesión el médico respetará las convicciones de sus pacientes y se abstendrá de imponerles las propias”) o el 9.2 (“El médico ha de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible de las consecuencias que puedan derivarse de su negativa”).

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA

El consentimiento informado encuentra su máximo reconocimiento legal en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta ley viene a completar la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad sobre esta materia derogando los artículos de la misma referentes al consentimiento informado (apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del art. 10; el art. 11.4 y el art. 61); y desarrolla el Convenio del Consejo de Europa de 1996 relativo a los derechos humanos y la biomedicina. En la exposición de motivos de la Ley 41/2002 se expresa que “la presente Ley completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado”.

El artículo 2 de la citada ley enumera los principios básicos que van a regir toda la regulación sobre autonomía privada prevista en la misma:

- La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obte-

ner, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

- Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el consentimiento previo e informado del paciente.
- El paciente tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, así como a rechazar tratamientos.
- Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

En el artículo 4 se consagra el derecho a la información asistencial. Declara el derecho de los pacientes a conocer toda la información disponible sobre su salud, la cual, como regla general, se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica y comprenderá, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Además, ha de ser verdadera y adecuada a las necesidades del paciente para que le ayude a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. También reconoce el derecho del paciente a no ser informado, quedando reflejado en la historia clínica.

El consentimiento informado es definido en el artículo 3 de la Ley como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

En cuanto a la forma del consentimiento será verbal por regla general. No obstante se prestará por escrito cuando se trate de casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8.2 de la Ley 41/2002).

Atendiendo a su contenido, si el consentimiento es escrito, el art. 10.1 de la Ley enumera la información básica que el facultativo habrá de proporcionar al paciente:

- Las consecuencias relevantes o de importancia

que la intervención origina con seguridad.

- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.

La capacidad requerida para prestar este consentimiento no es la plena capacidad de obrar, sino la capacidad natural suficiente, esto es, la capacidad de entender y querer. Por tanto, podrán emitir el consentimiento los menores de edad mayores de 16 años, aun cuando no estén emancipados, siempre que gocen de dicha capacidad natural suficiente, si bien en caso de actuación de grave riesgo según el criterio del facultativo se informará y se tomará en consideración la opinión de los padres. Cuando se trate de menores de 16 años, pero que tengan doce años cumplidos, se les escuchará⁵.

Esta interpretación viene avalada por el artículo 162.1 del Código Civil, que exceptúa de la representación legal de los padres a los actos relativos a derechos de la personalidad realizados por los hijos menores no emancipados de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez. Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece en el inciso final de su artículo 2 que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

Se exceptúan los supuestos en que la ley exige una regla especial de capacidad, por ejemplo la mayoría de edad en los ensayos clínicos o para utilizar las técnicas de reproducción humana asistida⁶.

⁵ En esta línea, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002 dispone: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

⁶ El artículo 9.4 de la Ley 41/2002 prevé que “La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre

Por lo que respecta a los legalmente incapacitados, GARCÍA GARNICA⁷ entiende que “salvo que otra cosa se establezca en la sentencia de incapacitación, o salvo que legalmente se establezca una regla especial de capacidad para consentir un determinado acto médico, las personas incapacitadas podrán prestar por sí mismas el consentimiento informado, en función a su capacidad natural, al amparo de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil y en la letra a) del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de forma análoga a lo expuesto en relación a los menores”.

El artículo 9.2 de la Ley contempla excepciones a la necesidad de obtener el consentimiento, circunstancias en las que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin contar con su consentimiento:

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Asimismo se regula la excepción terapéutica en el artículo 5.4: “El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

⁷ GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 117 y 118.

4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

4.1 Criterio de imputación de la responsabilidad civil médica

El criterio para atribuir responsabilidad en el ámbito sanitario ha sido el de la culpa. El Tribunal Supremo ha declarado que “la esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto, o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso”. Igualmente ha declarado que la culpa es la falta de diligencia exigible, y que tal diligencia exigible es la que utilizaría el hombre normal medio, teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, así como el sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta. Se sigue por tanto el criterio de la responsabilidad subjetiva: se responde de los hechos culpables y propios. Tal responsabilidad viene consagrada en el artículo 1902 del Código Civil, que expresa: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de febrero de 1997, ha precisado que “en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo su rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo” (Fundamento Jurídico 8º).

No obstante, esa culpa también puede ser ajena, como sucede cuando se responde por los actos u omisiones culpables de aquellas personas de quienes se debe responder, esto es, de los auxiliares. Así se deduce de los artículos 1101 y 1903.4 del Código Civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.

La carga de probar dicha culpa o negligencia, el daño producido y la relación de causalidad entre éste y la acción u omisión corresponde al paciente.

Para valorar si el profesional sanitario actuó o no de forma negligente, se utiliza el parámetro de la “lex artis ad hoc”, definida por la jurisprudencia como el “criterio valorativo de la corrección o no del concreto acto médico ejecutado, y que tiene en cuenta, además, las especiales características que rodean al hecho, así, su complejidad, la trascendencia vital del paciente, e incluso factores endógenos (intervención del enfermo, de la organización sanitaria, etc.), para

calificar si la actuación médica se ha realizado o no de acuerdo con la técnica requerida⁸”.

Por tanto, abarcaría:

- El deber de actuar con toda la diligencia debida.
- El deber de actuar conforme a la técnica normal requerida, conforme al estado actual de la ciencia y a las circunstancias concretas (estado del paciente, trascendencia vital de la intervención, organización sanitaria,...) en que se produzca la intervención médica.
- La jurisprudencia más reciente incluye el deber de informar al paciente de diagnóstico, tratamientos posibles, pronóstico y riesgos⁹.

4.2 Medicina asistencial y medicina satisfactiva: obligación de medios y obligación de resultado

Es necesario distinguir entre la medicina asistencial, necesaria o curativa y la medicina satisfactiva o voluntaria. Esta distinción es relevante a efectos de valorar diversos aspectos que van a incidir en la responsabilidad civil, tales como la carga de la prueba o el contenido de la información proporcionada al paciente.

La medicina asistencial es la que tiene lugar cuando, habiéndose originado un proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo. Se dice que en este supuesto estamos ante una obligación de medios, porque el médico no se obliga a un resultado concreto sino a desarrollar una conducta diligente, a desplegar una actividad conforme a la “lex artis ad hoc”. El facultativo no tiene obligación de curar al paciente, sino de intentar curarlo, de modo que si ha agotado todos sus conocimientos (médicos, científicos, humanos,...), aunque no consiga su recuperación, no incurre en responsabilidad. La relación jurídica existente entre el médico y el paciente se califica como un arrendamiento de servicios.

Por su parte, en la medicina voluntaria o satisfactiva el objetivo es lograr un resultado determinado,

⁸ Sentencia de la Audiencia de Granada de 21 de junio de 1994.

⁹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 se señaló por primera vez que la información forma parte de la lex artis.

de manera que si éste no se alcanza el profesional sanitario será responsable pese a haber actuado conforme a la “lex artis”. Se trata, por ello, de una obligación de resultado; y la relación médico-paciente se configura como un contrato de obra.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997 expresa lo siguiente: “...por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. Resumidamente esta obligación de medios comprende: a) la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto; b) la información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos..., y c) la continuidad del tratamiento hasta el alta (...) En aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual–, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada”.

Son casos de medicina satisfactiva la cirugía estética, ciertos tratamientos odontológicos y oftalmológicos, así como las intervenciones de vasectomía.

Se aprecia también la diferenciación entre la medicina necesaria y la voluntaria en el ámbito de la

comete un error, nunca llega tarde a una cita, nunca se olvida de un dato que se le ha confiado, etc., lo cual evidentemente choca de manera frontal con las más palmarias realidades de la vida cotidiana)".

La jurisprudencia ha establecido que la obligación de informar al paciente y el consentimiento forman parte del contenido de la "lex artis"¹², en consecuencia, una actuación médica en la que no exista consentimiento informado es una actuación ajena a ella.

A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011 aduce que "esta información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de éste es, por tanto, un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica".

El consentimiento informado implica un acto de ejercicio de los derechos fundamentales del paciente, habiendo sido calificado por el Tribunal Supremo como un derecho humano fundamental. Así se expresa en la sentencia de 12 de enero de 2001 (Fundamento Jurídico 1º): "El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos".

4.4 Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado

Hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley de Autonomía del Paciente, para determinar la existencia o no de responsabilidad en un acto médico, se atendía a los elementos relativos a la corrección de la asistencia sanitaria (lex artis). No obstante, tras la promulgación de la Ley 41/2002, se plantea la

circunstancia de si lo fundamental no es ya la corrección de la asistencia, sino la información adecuada y suficiente al paciente así como su consentimiento.

Como apunta GUERRERO ZAPLANA¹³, "hay que tomar en consideración al valorar esta cuestión que el concepto moderno del criterio de normalidad que representa la *lex artis* obliga a valorar dentro de dicho criterio de normalidad no solo lo relativo a la técnica médica sino también lo relativo a la exigencia de la información y del consentimiento previo del paciente; por lo tanto información y *lex artis* son elementos que se encuentran cada vez más cercanos y que exigen una valoración conjunta".

Teniendo presente esta aseveración, podríamos concluir diciendo que, dado que el médico viene obligado a informar al paciente de las eventualidades y riesgos que puede conllevar una determinada intervención médica, y que esta obligación está englobada dentro del concepto de "lex artis" según la jurisprudencia, el incumplimiento de la misma va a generar en el médico una responsabilidad civil aunque su actuación técnica sea intachable, y en consecuencia habrá de indemnizar el daño ocasionado.

Sin embargo, es preciso matizar qué eventualidades y riesgos habrán de ser objeto de esa información, es decir, cuáles son los que el profesional sanitario tendrá que comunicar al enfermo.

Es importante distinguir entre la medicina asistencial o curativa y la satisfactiva, pues es en esta última donde se incrementa la exigencia de información y se intensifica la obligación de informar, extendiéndose tanto a los riesgos típicos como a los atípicos.

Se puede traer a colación una sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002 sobre una operación de vasectomía, en la que se declara que "en el caso presente resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medici-

12 Vid. sentencia de la Audiencia de Baleares de 16 de junio de 1994.

13 GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 179.

na voluntaria (no curativa, o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa”.

En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011:

“La información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de éste, es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma y porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención”.

Así se observa que en el campo de la medicina voluntaria se exige un máximo rigor en la información comunicándose incluso los riesgos muy poco frecuentes, mientras que en la necesaria se informa sólo de los riesgos altamente probables. A mi juicio, aunque es cierto que el hecho de que la persona no tenga necesidad de someterse a una intervención de medicina satisfactiva justifica que la información deba ser más meticulosa, no debería ser la información en la medicina asistencial menos minuciosa. Este tratamiento distinto podría vulnerar el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, pues entiendo que todos los pacientes tienen derecho a recibir una información completa y adecuada con independencia de si se encuentran en el ámbito de la medicina voluntaria o necesaria. Negar al enfermo la información sobre los riesgos menos frecuentes implicaría una discriminación que, bajo mi punto de vista, no podría fundamentarse en la mera circunstancia de la necesidad de la operación. Además, creo que a dicha persona se le debe conceder la oportunidad de conocer esos riesgos poco probables a efectos de sopesar si le merece la pena o no someterse a la intervención pese a la conveniencia de la misma o a la gravedad de su estado. En caso contrario se estaría ante una regresión al sistema paternalista en el que el médico omite informar al paciente de ciertos peligros a fin de lograr que consienta la operación por estimar que es lo mejor para él.

Volviendo a la cuestión planteada al iniciar este

epígrafe, aquellos supuestos en los que no ha existido consentimiento o éste ha sido inadecuadamente prestado originarán responsabilidad y el consiguiente deber de indemnizar, independientemente de que haya habido una buena praxis médica, por entender que la simple omisión del consentimiento es un daño autónomo susceptible de indemnización.

Que la omisión del consentimiento informado es un daño autónomo susceptible de indemnización viene reconocido por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000. En ella se relata el acontecimiento de una operación quirúrgica realizada a un menor de edad sin informar a los padres de los riesgos de la misma, los cuales se produjeron finalmente, tras lo cual concluyó el Supremo que “esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información (...) supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.

En cuanto a la extensión de dicha información, ésta habrá de ser razonable y adecuada a las circunstancias del paciente, comprendiendo tanto los riesgos probables como los poco probables en la medicina satisfactiva, pero sin que ello implique un ataque de información desmesurada acerca de absolutamente todos los peligros que puede acarrear la intervención, pues con ello únicamente se conseguiría aturdir al paciente impidiéndole tomar una decisión profunda y serenamente meditada.

En palabras de GARCÍA GARNICA¹⁴, “el médico deberá informar de los riesgos típicos e inherentes al acto médico en cuestión, así como de aquellos particularmente graves, aun cuando estadísticamente no sean frecuentes, y de los riesgos subjetivos o ligados a las circunstancias personales y profesionales del concreto paciente. Fuera de estos parámetros no cabrá exigir responsabilidad al facultativo que haya actuado conforme a la *lex artis* por la materialización de riesgos excepcionales e improbables, de los que no informó al paciente. Pues, no se puede llevar el deber de información hasta el extremo de abrumar al paciente, causándole un padecimiento innecesario, ni al de entorpecer el ejercicio de la función médica”.

Ha suscitado problemas el punto referente a si la falta de información produce el efecto de que los riesgos de la intervención recaigan sobre el médico, pues en algunas sentencias se ha afirmado que la ausencia de consentimiento informado supone que los

¹⁴ GARCÍA GARNICA, M.C. *Aspectos básicos...*, op. cit., págs. 114 y 115.

facultativos intervinientes asuman los riesgos inherentes a la intervención y, por tanto, la responsabilidad derivada de los daños que sean consecuencia de aquellos¹⁵.

GALÁN CORTÉS¹⁶, en relación a un supuesto en que no se advierte al paciente del riesgo de parálisis que conlleva una determinada intervención, considera que “en este caso, la ausencia de información no generó *per se* la parálisis, pero este riesgo típico, una vez materializado, no puede ser asumido por el paciente que lo desconocía, pues de haberlo conocido con anterioridad a la intervención podría haber decidido si someterse o no a la cirugía y, consecuentemente, asumirlo o no. Al privarle de tal posibilidad, es el propio médico quien lo asume (“transferencia de riesgos”), en tal forma que si se desencadena tal lesión neurológica, deberá indemnizarle por la misma, aun cuando su actuación técnicamente fuere irreprochable”.

Por su parte GUERRERO ZAPLANA¹⁷ introduce la duda al preguntar “cómo es posible que cierta jurisprudencia entienda que la omisión de la prestación del consentimiento tenga el efecto de atribuir al médico las consecuencias sobre la salud del paciente y que, a la vez, otra jurisprudencia entienda que la correcta información no atribuye al paciente la obligación de asumir los efectos de la prestación sanitaria”.

PUEYO CALLEJA¹⁸ pone de relieve los efectos perjudiciales que suscitaría la teoría de la asunción del riesgo: “Ahora bien, el criterio de la asunción del riesgo no debe aplicarse sobre cualesquiera consecuencias desfavorables surgidas tras una intervención o tratamiento técnicamente correctos. Si así se hiciera, equivaldría a imponer en la práctica la necesidad de una información exhaustiva (reiteradamente desaconsejada en cuanto puede resultar contraproducente) como único medio de evitar la imputación de responsabilidad a los profesionales que, de otro modo, podrían verse obligados a responder por cualesquiera riesgos no previamente informados”.

15 Vid. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 6 de septiembre de 2002.

16 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad médica...*, op. cit., pág. 223.

17 GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado...*, op. cit., págs. 219 y 220.

18 PUEYO CALLEJA, F.J. “La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 17, Extraordinario XVII Congreso, 2009, pág. 98.

De este modo, a juicio de este autor, no resulta muy ventajosa la atribución de todos los riesgos a los profesionales sanitarios, y no carece de razón puesto que, con tal de eludir la responsabilidad, podrían verse abocados a proporcionar una información excesiva produciéndose el indeseable fenómeno de la “medicina defensiva”. Esto traería consigo la desafortunada consecuencia de que los médicos estarían más ocupados en buscar los medios para liberarse de cualquier responsabilidad en la que pudieran incurrir que en atender al paciente y poner en actuación todos los mecanismos de que dispongan para procurarle un buen resultado.

Finalmente haré mención a un último inciso que también genera dudas en el ámbito de la responsabilidad sanitaria: qué sucede cuando se omite la información requerida ante una intervención de la que sin embargo no resulta ningún daño.

En principio cabría responder que, dado que nuestro sistema de responsabilidad civil exige la producción de un menoscabo, el cual ha de ser cierto y no meramente hipotético, la no consecución del mismo determina la ausencia de responsabilidad y por consiguiente de la obligación de indemnizar. En numerosas sentencias se ha puesto de manifiesto que sin daño no hay responsabilidad alguna¹⁹. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 expresa que “la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil”.

No obstante, como ya dije anteriormente, la jurisprudencia viene reconociendo que la omisión del consentimiento constituye en sí misma un daño autónomo susceptible de indemnización. Es preciso recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 conforme a la cual la falta de información supone un daño moral, grave y distinto del daño corporal. En base a esto, tal y como afirma GUERRERO ZAPLANA²⁰, “no hay duda de que la producción de este daño es independiente de que exista o no lesión física y sería indemnizable aun en el caso de ausencia de ésta”.

Sin perjuicio de lo dicho, y sin ánimo de restar importancia al consentimiento informado y a la ne-

19 Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2011, entre otras.

20 GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado...*, op. cit., pág. 222.

cesidad de su obtención, considero que puede ser un tanto desproporcionado solicitar indemnización fundándose en la mera inexistencia del mismo cuando no sólo el médico ha actuado técnicamente de manera correcta, sino que además no se han producido efectos perjudiciales para la salud del enfermo. A mi parecer ello implicaría tratar de la misma forma al médico negligente que al diligente. Lo que sí resulta indiscutible es que todo paciente tiene derecho a ser informado correctamente y a que sea respetada su decisión, por ello estimo que el profesional sanitario ha de cumplir inexorablemente con esta obligación. De esta forma se evitaría, en los supuestos en que no existen daños derivados de la intervención, un uso abusivo de la acción de responsabilidad civil por ausencia de consentimiento informado, en ocasiones contrario a la buena fe y a la ética.

5. CONCLUSIONES

El consentimiento informado es una manifestación de la autonomía de voluntad del paciente, y se erige como presupuesto ineludible antes de practicar cualquier intervención médica, salvo determinadas excepciones expresamente previstas por la ley.

El consentimiento informado ha sido detalladamente regulado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En ella se contienen, entre otros aspectos, la definición de consentimiento informado, las características que ha de reunir la información, la forma del consentimiento, el contenido, la capacidad para prestarlo,...

A pesar de ello, han surgido numerosas cuestiones para las que la citada Ley no ha dado respuesta. Así sucede, por ejemplo, en el caso de los riesgos que van a originar responsabilidad civil o si cabe indemnizar por falta de consentimiento informado cuando no se derivan secuelas físicas de la operación. Para solucionar todas estas lagunas no cubiertas por la Ley, es fundamental la labor llevada a cabo por la jurisprudencia, si bien es cierto que en muchas ocasiones ésta no presenta un único criterio. Por tanto opino que sería conveniente una reforma legal y unificar parámetros a efectos de proporcionar seguridad, a fin de que los profesionales sanitarios sepan a qué atenerse y los derechos de los pacientes no se vean vulnerados, alcanzando así un mayor equilibrio y armonía en las relaciones médico-paciente.

6. BIBLIOGRAFÍA:

- ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: “Responsabilidad civil médica” en AA.VV. *Tratado de responsabilidad civil* (coord. REGLERO CAMPOS, F.), Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, Granada, 2007.
- GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.
- GALLEGO RUESTRA, S.: *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- PUEYO CALLEJA, F.J.: “La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 17, Extraordinario XVII Congreso, 2009.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Marta María Sánchez García
Abogada. Asjusa-Letramed

ÍNDICE

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
 - 1.1 Precedentes
 - 1.2 El Código Civil
 - 1.3 Segunda República
 - 1.4 Precedentes inmediatos
 - 1.5 La Constitución.
 - 1.6 La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
2. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA
4. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.
 - 4.1 La Administración sanitaria no es una aseguradora universal de todos los riesgos
 - 4.2 La obligación asumida es una «obligación de medios»
 - 4.3 La *lex artis*. El carácter antijurídico del daño
 - 4.4 La Administración sólo responde por el funcionamiento anormal
 - 4.5 La inversión de la carga de la prueba
5. CONCLUSIONES: ¿ES UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA? EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL
6. BIBLIOGRAFÍA

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La creciente importancia de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en los últimos años se refleja en un incremento considerable de las reclamaciones patrimoniales contra la Administración por defectuosa asistencia sanitaria, así como un el incremento de las cantidades que se solicitan en concepto de indemnización¹.

Es claro que la Administración Pública, en la realización de los fines que tiene encomendados, al lado de los efectos propios de la responsabilidad que ejerza, puede producir otros efectos, anormales, generadores de responsabilidad.

De enorme interés resulta conocer la evolución histórica de la responsabilidad de la Administración Pública, puesto que dicha evolución nos permitirá identificar las características fundamentales de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en la actualidad, que configuran un sistema de responsabilidad específico de la Administración cuando actúa en el ámbito sanitario, que no es sino consecuencia de la evolución misma de la responsabilidad de la Administración.

¹ GUERRERO ZAPLANA, J.: « Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: el criterio de la *lex artis* », en Cuadernos de Derecho Judicial, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, 2002, págs. 53-105.

1.1 Precedentes

En la esfera de Derecho Público, la afirmación de una responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la actuación de sus agentes pugnó, frontalmente, con una tradición multisecular que se fundamentaba en una combinación entre la «*potestas*» imperial romana y la concepción teocrática del poder del monarca, característica del mundo medieval².

La evolución³ de la responsabilidad de la Administración parte de la posición de irresponsabilidad de ésta. «*Lo propio e la soberanía es imponerse a todos sin compensación*»⁴, frase que LAFERRIERE pronunció a finales del siglo XIX, y que ha sido utilizada, en numerosas ocasiones, como clara expresión de la vieja, pero muy arraigada, doctrina del *ius eminens*. Soberanía y responsabilidad fueron considerados dos términos contrapuestos. La vieja formulación anglosajona «the King can do not wrong» ha tenido plena vigencia hasta principios del siglo XX⁵.

En España, el Consejo de Estado partía de un argumento rotundo: el Estado, como sucesor de la Corona, no podía ser demandado ante sus propios Tribunales y, asimismo, el Estado, como sucesor de la citada Corona no podía dañar a nadie⁶.

La aplicación al Estado de la teoría de la responsabilidad tropezó, en sus inicios, con obstáculos que parecían insalvables y, para llegar a la situación actual, ha sido necesario superar viejos dogmas⁷.

2 DAGNINO GUERRA, A.: «La responsabilidad patrimonial del Estado y de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y perspectivas constitucionales», Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 23, noviembre 2002, pág. 13.

3 Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, J.A.: «Procedimiento y jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: Análisis jurisprudencial y recientes novedades legislativas». Repertorio de Jurisprudencia, núm. 6, 2004, pág. 8 ss.

4 «*Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation*».

5 CHECA GONZALEZ, E.: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma», Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 17, 2003.

6 Vid. CHECA GONZALEZ, E., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma», cit.

7 GARRIDO FALLA, F.: «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», Revista de Derecho Administrativo, 1997, pág. 173 ss; LEGUINA VILLA, J.: «El fundamento de la responsabilidad de la Administración»,

Existen, a lo largo del siglo XIX, textos concretos, incluso tempranos, que reconocen la responsabilidad del Estado por los daños producidos a los ciudadanos. La Ley de 9 de abril de 1842 declara, en efecto, la obligación de la nación de «*indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios etc.*», en el curso de la primera guerra carlista⁸.

La primera Ley General de Expropiación Forzosa fue de 17 de julio de 1836, vigente el Estatuto Real de 1834⁹. La responsabilidad se limitaba a los supuestos en que la obligación de indemnizar nacía como consecuencia del daño producido por actos ilícitos, es decir, producido por la ejecución de actos ilegales o porque el servicios público ha funcionado de modo irregular o anormal, esto es, por impericia, error, negligencia, dolo de las autoridades, funcionarios o agentes¹⁰. Por ello, nuestro ordenamiento llegó a ser una flagrante excepción en el Derecho Comparado, dentro del cual se extendió, uniformemente, el principio de responsabilidad de la Administración desde finales del siglo XIX hasta llegar a hacer del mismo una de las piezas maestras de la construcción positiva del Estado de Derecho¹¹.

1.2 El Código Civil

El Código Civil (en adelante, CC), en su art. 1902 consagraba el principio general de que toda persona responde de los daños que «*por acción u omisión cause a otro interviniendo culpa o negligencia*», y el artículo siguiente sentaba que esta responsabilidad «*es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*», refiriéndose el último párrafo al Estado al establecer su responsabilidad «*cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiera sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión*».

Revista española de Derecho Administrativo, 1973, núm.23, octubre/diciembre, pág. 523 ss.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ T-R.: «Curso de Derecho Administrativo II, 4ª edición», Madrid 1993, pág. 365.

9 Sobre el mismo, SÁNCHEZ AGESTA: «Historia del constitucionalismo español», Madrid 1955, pág. 213 ss.

10 ROYO-VILLANUEVA, S.: «La responsabilidad de la Administración Pública», en Revista de Administración Pública, núm.18, pág. 13. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», Madrid 1996, pág.127.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa», Madrid 1984, pág. 151.

practicada en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior».

Así, en nuestro Derecho, el artículo 1903 del CC estableció un principio de negación de la responsabilidad civil de la Administración en los supuestos ordinarios, fuera de la hipótesis singular y excepcionalísima de la actuación de «agente especial»¹².

Ya en el siglo XX diversas leyes reconocen el principio de responsabilidad directa del Estado por los daños ocasionados con autorización legal a los particulares en la gestión de servicios públicos. Se trataba de reconocimientos puntuales y no trataban de establecer una teoría general sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo concepto estaba muy alejado del ánimo del legislador.

1.3 Segunda República

La Constitución de 1931¹³, establecía, en su art.41.3, la responsabilidad subsidiaria del Estado o la Corporación a que sirviera el funcionario que *«en el ejercicio de su cargo, infringiera sus deberes con perjuicio de tercero»*¹⁴. La breve vida de la Segunda República impidió que se dictase una norma legal que desarrollara un precepto constitucional que mantenía la responsabilidad subjetiva y subsidiaria de la Administración, que sólo respondería en aquellos casos en los que el funcionario resultase insolvente. La responsabilidad directa y objetiva de la Administración tardaría aún veinte años en llegar al ordenamiento jurídico español.

La Ley municipal de 1935 va a iniciar un cambio de regulación desigual de la responsabilidad de la Administración local y de la estatal al disponer, en su art.209, que *«las entidades municipales respon-*

derán civilmente de los perjuicios y daños que a los derechos de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente, según los casos».

El Fuero de los Españoles incidió en la definición constitucional de la materia estableciendo los trazos significativos que la expropiación forzosa ha de tener en el nuevo derecho¹⁵.

En el Fuero del Trabajo, también de rango fundamental, se contienen, igualmente, algunos principios en sentido análogo al art. 30 del Fuero de los Españoles (Declaración XII.I)¹⁶.

Posteriormente, la Ley de Régimen Local, en su primera formulación de 16 de diciembre de 1950, introdujo en nuestro Derecho el principio general de responsabilidad civil administrativa en la esfera de la Administración local, señalando que *«las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas (art. 405)».*

1.4 Precedentes inmediatos

La actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su origen en el reconocimiento, y posterior expansión, de la teoría de la indemnización expropiatoria.

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 generaliza el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, en su art. 121¹⁷, y unifica el fuero

12 MIR PUIGPELAT, O.: *«La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema»*, Madrid 2002, pág. 37. ROYO-VILLANOVA, en su tesis doctoral *«La responsabilidad de la Administración»*, Madrid, 1933, interpretó aquellos preceptos en el sentido de que el Estado debía responder por actos propios cuando actuase a través de sus funcionarios y por hechos de terceros cuando obrase por agente especial, si bien prevaleció en la jurisprudencia civil la interpretación que únicamente admitía la responsabilidad patrimonial del Estado cuando actuase por medio de «agentes especiales», supuesto que resultaba difícil de encontrar.

13 GUERRERO ZAPLANA, J.: *«Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria»*, 2002, pág.80.

14 El art. 41.3 señalaba: *«Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes, con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes conforme determine la ley».*

15 Importan a este respecto las declaraciones contenidas en su arts. 30 y 32: Art. 30: *«La propiedad privada, como el medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común. La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos».* Art. 32: *«En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes. Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes».*

16 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *«Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa»*, cit., pág.27.

17 Art. 121 LEF: *«Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o*

jurisdiccional, atribuyendo, en su art. 128, el conocimiento de estas pretensiones al orden contencioso-administrativo, unidad jurisdiccional que vino a reafirmar la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956¹⁸.

El tenor literal de los preceptos referidos dio lugar, sin duda, al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración más avanzado del Derecho comparado, al incluir tanto el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

La situación descrita se vio modificada, de nuevo, por la promulgación del Texto Refundido de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en cuyos artículos 40¹⁹ y 41, se va a distinguir entre las reclamaciones por lesiones que sean consecuencia de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa²⁰, y aquellas lesiones que se produzcan cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.²¹

La responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se actuaba en relaciones de Derecho Público, quedaba definitivamente configurada con carácter directo y objetivo, prescindiendo de la idea de culpa, estableciendo la obligación de indemnizar siempre que se hubiese causado una lesión del patrimonio del perjudicado, salvo en los casos de fuerza mayor.

anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en la vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

18 En su art. 3b) atribuye a la jurisdicción contenciosa «el conocimiento de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública».

19 El art. 40.1 de la LRJAE establecía: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

20 Vid. MIR PUIGPELAT, O.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema», cit., pág. 41.

21 IRURZUN MONTORO, F.: «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios». Revista española de Derecho Administrativo, 1995, núm.87, julio/septiembre, pág. 413 ss.

1.5 La Constitución

La Constitución (en adelante, CE) establece, en el art. 106.2, lo siguiente: «*Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*».

Hay que llamar la atención sobre la parte final del precitado artículo donde alude al «funcionamiento de los servicios públicos». ¿Por qué no se dice «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»? Porque, en opinión de la doctrina²², en un Estado social y democrático de Derecho incluir en la responsabilidad de la Administración Pública los supuestos de funcionamiento normal puede ocasionar graves problemas interpretativos, tal como tendremos ocasión de comprobar en el presente trabajo.

1.6 La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante, LRJPA), en su Título X, bajo la rúbrica «*De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio*» regula, en el Capítulo I, «*La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*» (arts. 139-144), dispone en su art. 139.1 y 2:

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

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Posteriormente, la Ley 4/99, de 13 de enero, de reforma de la LAP, modifica en el art. 140, referente a la responsabilidad concurrente de las Administra-

22 RODRIGUEX. ARANA MUÑOZ, J.: «Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública(1)», Cuadernos de Derecho Judicial, 2, 2002, págs. 9-28.

ciones Públicas, así como el art. 141.1, conforme al cual:

“1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.”

Por último, es preciso destacar que la LAP 30/92, retorna a la unidad jurisdiccional, fugazmente vigente con el art. 3b) de la Ley Jurisdiccional de 1956, afectado por la LRJAE, donde se volvió a la dualidad jurisdiccional.²³

2. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Las principales características del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública instaurado por la Ley 30/92 son las siguientes:

- a) Unitario: en cuanto que rige para todas las Administraciones Públicas, tanto si actúan en relaciones de Derecho Público como privado²⁴.
- b) General: en la medida que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción como por omisión.
- c) Directo: de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuan-

do aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves.

d) Objetivo: ya que prescinde de la idea de culpa, atribuyendo responsabilidad tanto en los supuestos de funcionamiento normal como anormal, que pretende lograr la reparación integral de todo tipo de daños sufridos por los perjudicados²⁵.

Así, debe tenerse en cuenta que la Sala 3ª del Tribunal Supremo, desde antiguo, ha declarado, reiteradamente, que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada en el art. 106.2 de la CE, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado²⁶, de manera que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos ha de ser, en principio, indemnizada, porque, según reiteradas Sentencias del Alto Tribunal, “de otro modo de produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad”.²⁷

Igualmente, el Consejo de Estado, en su Dictamen 3306/1999, de 2 de diciembre, señaló que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública «es un instituto indemnizatorio de naturaleza estrictamente objetivo, de donde se deduce que puede concurrir, en su caso, con independencia y abstracción de que no exista culpa o actuación inadecuada por parte de la Administración. Por ello, no se trata de valorar la diligencia o negligencia de los servicios administrativos, sino de apreciar, objetivamente, la existencia de un daño cierto y real, cuya causa pueda atribuirse al funcionamiento del servicio público».

²⁵ No obstante, también ha sido calificado, por algunos autores, como un sistema excesivamente amplio, excesivamente genérico, excesivamente indeterminado y excesivamente uniforme. MIR PUIGPELAT, O.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema», cit.

²⁶ STS, Sala 3ª, Sección 6ª 4-6-1994, rec.5590/90.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1994/11244); STS, Sala 3ª, Sección 6ª 19-11-1994, rec.12698/91.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1994/10114); STS, Sala 3ª, Sección 6ª 25-2-1995, rec.1538/92.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1995/3027); STS, Sala 3ª, Sección 6ª 1-4-1995, rec.337/92.Pte. Peces Morate, Jesús Ernesto(EDE 1995/2523).

²⁷ SSTs de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994 y 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92.FJº 4º; así como SSTs de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999.

²³ Vid. art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y art. 9.4. de la LOPJ, modificado por la LO 6/98, de 13 de julio, que atribuyen al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive...aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

²⁴ Vid. CHECA GONZALEZ, E., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma», cit.

En suma, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública consagrado en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo no puede ser más satisfactorio, ya que la Administración responderá por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que, al incluir la responsabilidad por el simple riesgo derivado de la realización de un servicio, supone una amplísima garantía de resarcimiento para el perjudicado²⁸.

3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, teniendo en cuenta lo arts. 139 y ss de la LRJPAC la que ha perfilado cuáles son los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública encargada de la prestación de la asistencia sanitaria, partiendo de la regulación legal contenida en el art. 106.2 de la CE y los arts. 139 y ss de la LAP.

Así, tradicionalmente, el Tribunal Supremo enuncia así dichos presupuestos:

- a) La efectividad de un daño o de un perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; b) Que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que puedan influir alterando

el nexo causal; c) ausencia de fuerza mayor; d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño (que sea antijurídico).

b) Funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública; b) una lesión patrimonial, real, concreta y susceptible de evaluación económica, equivalente a daño o perjuicio, admisible en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante; c) lesión que ha de ser ilegítima o antijurídica; d) nexo causal adecuado, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo; y, e) ausencia de fuerza mayor]²⁹.

Es importante matizar que la responsabilidad de la Administración sanitaria implica la concurrencia cumulativa de todos los elementos señalados y, en sentido contrario, la no concurrencia de cualquiera de ellos, va a determinar la ausencia de la mencionada responsabilidad patrimonial.

Quisiéramos señalar que, si bien todo el sistema de responsabilidad patrimonial ex art. 139.1 de la LRJPAC, se asienta en la existencia de un nexo de causalidad entre la lesión sufrida y el funcionamiento normal o anormal de la Administración, progresivamente, la jurisprudencia ha ido pasando de exigir «una relación causal directa, inmediata y exclusiva, a una concepción más próxima a la verosimilitud del nexo que extendería el nexo causal a relaciones más inmediatas, indirectas y concurrentes, aunque esto pueda suponer una moderación en el quantum indemnizatorio.

Así, el TS considera que no puede quedar excluida la posibilidad de que la relación causal aparezca bajo formas más mediatas, indirectas o concurrentes, circunstancia que puede provocar o no una moderación de la responsabilidad y que, entre las distintas concepciones que se pueden tener sobre esta causalidad, se deben considerar aquéllas que tratan de explicar el daño por la concurrencia objetiva de factores sin los cuales éste no hubiera surgido, no siendo admisibles restricciones derivadas de otras perspectivas que tratan de asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que, válidos como son en otros terrenos, irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

²⁸ El TS, en Sentencia de 22 de diciembre de 1997, ofrece una sistemática exposición de la evolución de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración Pública, actualmente recogida en el art. 106 de la CE, señalando que, a diferencia de la responsabilidad civil, “...es creación del legislador y, a diferencia de otros países de nuestro entorno, donde tardó en establecerse, pues por ejemplo en Reino Unido de la Gran Bretaña surgió en el año 1947 a consecuencia del caso *Adams-Naylor*, la responsabilidad objetiva, en el ámbito de la Administración, ya estaba recogida en la Constitución del mes de diciembre de 1931; en el art. 129 de la Ley de 31 de octubre de 1935; en los arts. 405 y ss de la Ley de Régimen Local de 1955; en los arts. 376 y ss del Reglamento de Organización y Régimen jurídico de la Administración de las Corporaciones Locales; en el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa; en el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril; y, antes de su derogación, en el art. 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, actualmente, en los arts. 139 y ss de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regulación efectuada bajo el principio de que no pese sobre determinada persona las consecuencias de los actos de la Administración, por cuanto que el reparto de la indemnización de la que resulta deudora por su responsabilidad objetiva, se verifica entre todos los miembros de la sociedad, por medio de los correspondientes impuestos”.

²⁹ Vid. por todas la STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 30-10-2006, rec. 6322/2002. Pte: Herrero Pina, Octavio Juan).

Por tanto, en el ámbito de la relación causal, observamos una evolución jurisprudencial proclive a una mayor objetivación de la misma, admitiendo no sólo un nexo inmediato, directo y exclusivo, sino, también, formas mediatas en su presentación.

Por último, señalar que la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización³⁰ Y añade la STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: *"En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles"*.

Sin embargo, pese a lo expuesto, entendemos que, si bien la base de la responsabilidad patrimonial sanitaria conforme al art. 106 de la CE y el art. 139.1 de la LRJPAC es objetiva³¹ o de resultado, de manera que lo relevante es la antijuridicidad del daño, no de la actuación de la Administración, en la práctica jurídica este concepto se encuentra muy matizado, entrando en juego factores de índole subjetiva que

30 SSTs, Sala C-A, (Sección 4ª) de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo y de 22/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: *"Y también reitera la doctrina de esta Sala (por todas Sentencia de 11 de mayo 2010 recurso de casación 5933/2005 y las allí citadas) que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al haberse valorado las pruebas, o por haber procedido, al haber la indicada valoración de manera ilógica, irracional o arbitraria. Por su parte la STS de 9 de diciembre de 2008, recurso de casación 6580/2004, reitera (con cita de otras anteriores) que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización"*.

31 STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 13/03/2012, Recurso de Casación 4294/2010, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo: *"La actual configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas se encuentra regulada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, LRJPAC. Concretamente en sus arts. 139 y siguientes que la configuran como objetiva o de resultado de manera que lo relevante es la antijuridicidad del daño o lesión"*

atemperan, en gran medida, esta responsabilidad objetiva, cuyo análisis acometemos en el epígrafe siguiente.

4. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La mayoría de dichos límites son de creación jurisprudencial, consecuencia de su propia esencia de servicios público. Así:

4.1. La Administración sanitaria no es una aseguradora universal de todos los riesgos

Se rechaza por la jurisprudencia la *responsabilidad objetiva global* de la Administración sanitaria, que convertiría a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos posibles derivados de la actuación sanitaria.

Esta concepción actúa, a su vez, como un límite al nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido como único criterio atributivo de responsabilidad patrimonial, tal como se prevé en el art. 139.1 de la LRJPAC. El Tribunal Supremo ha acogido esta orientación en numerosas Sentencias.³²

4.2. La obligación asumida es una «obligación de medios».

La aplicación al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria de un concepto matizado y disminuido de «objetividad» viene a suponer la ausencia de responsabilidad cuando se pone a disposición del paciente los medios adecuados para su asistencia.

El problema radica en discernir cuál es la extensión de dichos medios dado que, por definición, están sujetos a criterios técnicos, asistenciales e incluso

32 STS de 5 de junio de 1998: *"...la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque, de lo contrario, se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico"*.

económicos que van a implicar su limitación.³³

La jurisprudencia del TS considera que esta «obligación de medios» implica la puesta a disposición del paciente de cuantos medios conozca la ciencia médica, en la fecha de los hechos, en relación con el proceso patológico sufrido, obligación que no queda referida sólo a los medios técnicos y estructurales, sino, también, al factor humano.

Pero es que, aun cuando los medios no fueran suficientes, dicha circunstancia, por sí sola, no prefigura la responsabilidad patrimonial automática de la Administración. Así, la STSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 28 de mayo de 2009 incide en este rasgo al señalar: *“La Administración dispone siempre de medios limitados y sería antijurídica por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el sentido común pedir otra cosa singularizadamente. Como refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001, lo que hay que acreditar es que los medios personales y materiales disponibles dentro del sistema se hallaban operativos y ocupados en atender otros pacientes que habían precisado antes esa atención, como así fue el caso que nos ocupa, pues no se trata de probar con qué más medios dicha prestación asistencial se hubiese realizado con anterioridad al paciente», por cierto, sin constancia al supuesto presente de con qué resultado”*.

Es decir, la obligación de medios³⁴ no sólo se va

³³ A tal efecto, dentro del SNS se establece una cartera mínima de servicios que el usuario puede exigir en todo el territorio nacional, con independencia de que estos servicios sean completados por las CCAA. El RD 1030/2006, de 15 de septiembre, establece esta Cartera de Servicios Comunes del SNS, que queda garantizada para todos los usuarios del sistema con independencia de su ubicación geográfica. El contenido de esta cartera de servicios se recoge en los Anexos I a VIII del RD citado.

³⁴ STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 2/10/2012, Recurso de Casación 1895/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: *“Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor; sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente*

a ver condicionada por la limitación lógica de todo servicio público sino por la prioridad en la utilización de los mismos, el plazo en que podrán ser puestos a disposición del usuario y la incidencia en el daño sufrido por el paciente.

4.3. La lex artis. El carácter antijurídico del daño

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial sanitaria, perfilado en el art. 106.2 de la CE y el 139.1 de la LRJPAC, se encuentra matizado, también, por factores subjetivos de culpabilidad o incumplimiento de la lex artis³⁵, criterio que responde a una concepción “subjetivada de la objetividad” que huye de ligar funcionamiento del servicio, inexorablemente, a responsabilidad del daño.³⁶

Como los propios órganos jurisdiccionales ponen de manifiesto, el criterio de la «lex artis ad hoc» responde a una construcción eminentemente jurisprudencial³⁷ que opera como un límite del carácter

exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año)”. En el mismo sentido STS Sala C-A (Sección 4ª), de 2/10/2012, Recurso de Casación 40/2012, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

³⁵ La STS de 5 de enero de 2001 dispone: *“En el ámbito de los servicios públicos como es el sanitario, es aplicable el principio de responsabilidad objetiva consagrado en el art. 139 de la Ley del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común pero, en definitiva, los criterios de imputación no se separan, en gran medida, de los que derivan de la aplicación del principio culpabilístico, pues, como es sabido, los tribunales del orden contencioso-administrativo vinculan la existencia de responsabilidad al incumplimiento de los estándares del servicio o de la «lex artis» por parte del personal sanitario, dado que existe un criterio general de imputación, recogido hoy en la ley, fundado en la ausencia del deber de soportar el daño por parte del perjudicado”*.

³⁶ La STS de 4 de julio de 2007 indica: *“El principio de responsabilidad objetiva de la Administración no puede entenderse en materia sanitaria en términos tendentes a justificar, en cualquier caso, la necesidad de obtener resarcimiento indemnizatorio de cualquier resultado producto de la Administración sanitaria”*.

³⁷ SSTs, Sala C-A, (Sección 4ª), de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo y de 22/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: *“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*. “Conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración exige la antijuridicidad del

netamente objetivo de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Esta regla correctora, definida como “*el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos imponiendo al profesional la obligación y el deber de actuar conforme a la diligencia debida*”, va a impedir que cualquier daño, por el sólo hecho de que ocurra bajo el ámbito de la sanidad pública, deba ser resarcido.

Los Protocolos o las Guías médicas constituyen la expresión escrita o sistematizada del criterio de la *lex artis*, que van a suponer la recomendación, no la obligación, al personal sanitario de una serie de pautas o reglas de comportamiento conforme a las cuales dicha *lex artis* va a ser observada.

Para GALLARDO CASTILLO³⁸ son especialmente útiles para los órganos jurisdiccionales pues, aun cuando no son prueba en sentido estricto, si son orientaciones válidas sobre el correcto proceder en un caso específico y permiten la profesional realizar sus funciones con garantías dada la proliferación de reclamaciones en materia sanitaria que han derivado hacia una medida defensiva tendente a evitarlas.

En opinión de la doctrina el carácter antijurídico del daño, por vulneración de la *lex artis*, está legalmente contemplado en el art. 141.1 de la LRJPAC.

En la reforma operada en la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, modifica, entre otros, el art. 141.1 que, tras la redacción dada, dispone: «*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daño que éste no tenga el deber jurídico de soportar. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de*

resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido”. STS, Sala C-A, (Sección 4ª), de 022/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: “*Además, disintiendo del primer argumento que detectamos en los motivos, luego abandonado, o así parece, en los restantes, porque es sabido que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria es también causa de exclusión de la misma la observancia de la lex artis, según es de ver, por todas, en nuestra reciente sentencia de 4 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 3536/2007.*

38 GALLARDO CASTILLO, MJ: «La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», op. Cit. p. 25.

aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que se puedan establecer por ley»³⁹.

El artículo, en su redacción actual, respondió, en su momento, a una situación concreta de hecho provocada por el contagio por transfusiones sanguíneas del virus del SIDA (VIH) y Hepatitis C (VHC) cuando no se conocía la naturaleza exacta del virus y las posibilidades de contagio.

A tenor de este precepto, aplicable después a otros riesgos derivados del saber de la ciencia o de la técnica en un momento determinado, los denominados «riesgos del desarrollo», quedaría exonerada de responsabilidad la Administración sanitaria si dichos riesgos, por desconocidos, fueran inevitables.

Por último, es importante precisar que la antijuridicidad del daño transforma el concepto de daño o perjuicio en «lesión», de modo que no son conceptos identificables⁴⁰. Esta antijuridicidad proviene del daño en sí mismo, con independencia del acto o la actividad originaria. De esta forma, matiza el TS⁴¹,

39 Así lo hemos reiterado la STS de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.001, expusimos que “*en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto*”.

40 La SAN de 24 de mayo de 2000 señala: “*la lesión es un daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el concepto jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio, no todo daño y perjuicio es constitutivo de lesión*”.

41 En pronunciamientos recientes, por ejemplo la STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 10-7-2007, rec. 4044/2003 recuerda el carácter objetivo o de resultado de la responsabilidad patrimonial, según el cual “*esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar*”. Precizando que cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al

“no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es, en el actuar de la Administración”.

4.4. La Administración sólo responde por el funcionamiento anormal

Es claro que la Administración siempre va a responder por los daños causados por el funcionamiento anormal del servicio público, pero si se defiende un sistema objetivo absoluto de responsabilidad, deben existir supuestos de funcionamiento normal de los servicios sanitarios donde esa responsabilidad sea igualmente declarada.

MIR PUIGPELAT⁴² incluye entre dichos supuestos los daños derivados de la utilización de suministros o productos defectuosos, aunque tales productos no tengan comercialización y sólo sean utilizados en centros sanitarios, que extiende, igualmente, a supuestos como las infecciones nosocomiales, campañas de vacunación obligatoria y métodos terapéuticos novedosos y poco conocidos en sus consecuencias.

criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 30-4-2010, rec. 3875/2005. Pte: Trillo Alonso, Juan Carlos, aborda la peculiaridad de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas encargadas de la prestación de la asistencia sanitaria. Más detalladamente la STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 23-2-2009, rec. 7840/2004. Pte: Huelin Martínez de Velasco, Joaquín decía “ *La respuesta pasa por recordar que, como hemos indicado en fechas recientes (sentencia de 7 de julio de 2008 (casación 4776/04, FJ 4º)), la responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa (por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95, FJ 5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97, FJ 5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02, FJ 5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ 2º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05, FJ 3º)), se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria”*

⁴² Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en Problemas actuales de la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria. VV.AA, Navarra Aranzadi, pp.151-179.

Célebre es la polémica STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 1991⁴³ que condenó al INSALUD a indemnizar a una paciente por las graves e infrecuentes secuelas derivadas de una operación de reducción de aneurismas gigantes practicada de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, aplicando la responsabilidad objetiva de la Administración en el caso concreto⁴⁴.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera profundamente erróneo parificar, a efectos de responsabilidad de la Administración sanitaria, funcionamiento normal con funcionamiento anormal⁴⁵, ya que, fuera del caso de limitadas excepciones, la Administración sólo responde, como regla general, por los daños derivados de su funcionamiento anormal⁴⁶.

Precisamente porque el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no se sitúan, en la práctica judicial, en pie de igualdad, resulta censurable que la jurisprudencia más reciente del TS continúe enunciándolos, en situación de paridad, al relatar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria⁴⁷.

Ahora bien, si bien es cierto que el criterio predominante de imputación es el funcionamiento normal

43 Rec. Núm. 512/1987.

44 Lo mismo puede decirse de la STS (Sala 3ª), de 28/6/1999 (Rec. 3740/1995), que declaró el derecho de una paciente a ser indemnizada por la pérdida total de la movilidad de un brazo producida como consecuencia de la operación de extirpación de un quiste sebáceo en el brazo derecho, que se ejecutó de forma adecuada a la *lex artis*.

45 PANTALEÓN PRIETO, F.: «*Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*». Documentación Administrativa, núm. 237-238, 1994, pp 247-250.

46 MIR PUIGPELAT: «*Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en Problemas actuales de la Responsabilidad Patrimonial Sanitaria*». VV.AA, Navarra Aranzadi, pp.164.

47 SSTS, Sala C-A (Sección 4ª), de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excma. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo; de 13/03/2012, Recurso de Casación 4294/2010, Excma. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo “...se ha de recordar que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LR-JAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”.

o anormal del servicio, no es el único⁴⁸.

4.5. La inversión de la carga de la prueba

Consecuencia de que, en la práctica judicial, la Administración sanitaria responde, exclusivamente, por el funcionamiento anormal de los servicios, es que, en aras de probar que el funcionamiento del servicio ha sido irregular y ha provocado un daño antijurídico, el tradicional principio probatorio contenido en el art. 1214 del CC conforme al cual corresponde la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento, previsto en el art. 217.2 de la LEC, puede, en virtud del principio de facilidad probatoria, invertir esta carga, pesando sobre la Administración la obligación de probar la ausencia de responsabilidad en la producción del daño.

Son muchos los supuestos en los que, en la práctica, se invierte la carga de la prueba, exonerando de dicho deber a la parte actora.

4.5.1. Pérdida o extravío de la historia clínica

Le es más sencillo a la Administración acceder a datos o documentos integrados en la historia clínica de los pacientes que a los propios perjudicados⁴⁹.

48 La STS de 7 de junio de 2001 señala “el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en una actividad de riesgo sino, también, en el carácter inadecuado de la prestación sanitaria. Esta inadecuación puede producirse no sólo por la ausencia de consentimiento informado, sino, también, por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* o por insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que la existencia de un consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”.

49 STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: “A) La primera, que, en general, la inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos existentes y que sólo ella podía aportar, como por ejemplo la historia clínica (sentencias de 2 de enero de 2012, recurso de casación 3.156/2.010, y 2 de noviembre de 2.007, recurso de casación 9.309/2.003) o las ecografías que debían ser examinadas por los peritos para comprobar si los médicos que las realizaron actuaron correctamente (caso de la reciente sentencia de 2 de octubre de 2.012, recurso de casación 4.855/2.011). Por eso es importante la afirmación que hace la sentencia de instancia, a la vista del informe del jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Santa Cristina, de que no existía el vídeo de la ecografía, no contradicha por la parte aquí recurrente. Si ese vídeo existiese y no se hubiese aportado si entraría claramente en juego aquel principio de

4.5.2 Infecciones nosocomiales

Las infecciones nosocomiales u hospitalarias exigen que se acredite, por la Administración, el cumplimiento por los hospitales en los que trataron al paciente y por los médicos que lo atendieron, de los protocolos de profilaxis conforme lo que permitía, en la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados, el conocimiento de la ciencia y las técnicas que la aplican.

En estas infecciones, la mayoría de la jurisprudencia entiende que cuando la Administración acredita que ha desplegado las medidas profilácticas exigidas por los medios técnicos conocidos, no se permite imputar la responsabilidad a la Administración.

Así, establece la STS, Sala de lo C-A, (Sección 4ª), de 9/10/2012, en Recurso C-A 40/2012:

“Con esto queremos decir que, como igualmente

la disponibilidad probatoria. Pero no es el caso. B) Por otra parte, la simple falta de aportación de pruebas -de producirse, que no es el caso, debemos insistir en ello- no conlleva sin más la automática declaración de responsabilidad de la Administración. Si a pesar de faltar esos documentos el Tribunal puede formar su convicción por otros medios y llegar a la conclusión de que se ha actuado conforme a la “lex artis” entonces no tiene por qué declarar aquella responsabilidad (en este sentido, por ejemplo, sentencia de 23 de octubre de 2.007, recurso de casación 2.529/2.003). Y es que, como razona la sentencia de 22 de noviembre de 2.011, dictada en el recurso de casación 4.823/2.009, las reglas de distribución de la carga de la prueba solamente entran en juego cuando el juzgador, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, considera dudosos hechos relevantes para la decisión (artículo 217.1 de la LEC). C) Por último, es necesario dejar claro que el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, que es lo que en última instancia pretende la aquí recurrente. Ello supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración como una obligación de medios, que no de resultados”.

En el mismo sentido la STSJ de Castilla-León, Sala C-A, Sección 3ª, de 8 de mayo de 2012, en el PO 1324/2006. Ponente: Excmo. Dr. D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro: “A juicio de este Tribunal, la pérdida de documentos esenciales en la historia clínica debe suponer una inversión de la carga de la prueba, a modo de una lectura finalista del art. 217 LEC que impone al tribunal tener siempre presente la “disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio” cuando procede a valorar la carga de la prueba. Se llega a esta conclusión porque la única garantía de defensa de que dispone todo paciente es la historia clínica, su indemnidad y su inalterabilidad, legalmente proclamadas. Si la administración incumple este deber, resulta absolutamente desproporcionado seguir exigiendo la prueba de los hechos en virtud de los cuales se reclama los administrados, ello supone, en mayor o menor medida una suerte de probatio diabólica que no se comparte, además de un acicate evidente para que esa misma administración no custodie en debida forma esa documentación”.

advertimos en la Sentencia de 6 de julio de 2.011 (recurso 3.622/2.007), no es suficiente con constatar el origen intrahospitalario de una infección para de ello concluir la reprochabilidad de la sepsis al funcionamiento del servicio médico, sino que, para que pueda nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario acreditar el incumplimiento del estándar de rendimiento, que permite el estado del conocimiento, para detectar la presencia del elemento causante de la infección.

En otros términos, que la Constitución determine que “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, lo que es reiterado en la Ley 30/1.992, RJAPyPAC, con la indicación de que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas aún siendo objetiva, esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido de que quien lo experimente no deba tener obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, primero para la evitación de la infección y, segundo, para el ataque antibiótico.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de lex artis, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringió los preceptos citados, sino que los aplicó conforme a Derecho cuando concluyó desestimando el recurso contencioso-administrativo, en cuanto que apreció del conjunto de la prueba practicada el cumplimiento por los hospitales en que trataron al recurrente y por los médicos que lo atendieron de los protocolos de profilaxis conforme lo que permitía en la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados el conocimiento de la ciencia y las técnicas que la aplican.

En las anteriores circunstancias, ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de le-

sión antijurídica, sino como realización de un riesgo conocido e inherente a las intervenciones practicadas y las posteriores actuaciones que la mismas demandaban, y que el demandante tenía obligación de soportar”.

4.5.3 Daño desproporcionado

El daño desproporcionado constituye uno de los supuestos en los que se invierte la carga de la prueba, no tanto por la facilidad probatoria, sino porque la falta de correlación entre la asistencia y el daño obliga a la Administración sanitaria a probar que éste fue debido a causas externas a la propia actuación médica. Es la propia rareza o anormalidad de lo acontecido la que va a provocar una presunción de responsabilidad patrimonial.

Deben de concurrir cuatro factores para que pueda declararse la responsabilidad: dos de índole subjetivo: la presumible ausencia de diligencia que provoca el daño y la falta de intervención activa en su producción del perjudicado; y otros dos de índole objetiva: el daño inesperado y su producción en la esfera de la sanidad pública.

Esta doctrina, concebida en la jurisprudencia civil, e importada al ámbito contencioso, descansa en una “apariencia de prueba”, “faute virtuelle” (culpa virtual), de tal suerte que, si se produce el resultado dañoso, que normalmente sólo acontece si se ha obrado con falta de diligencia, responde el que lo ha realizado, salvo que pruebe que se ha debido a factores externos.

Pero la doctrina del «daño desproporcionado» no se agota en la culpa virtual, ya que la jurisprudencia más reciente la ha extendido a la más objetiva noción de falta de explicación satisfactoria⁵⁰.

⁵⁰ STS, Sala 3ª, de 27 de junio de 2008: “En mismo Informe refleja que el día posterior al ingreso y anterior a la cesárea, la madre, aun estando en la cuadragésima semana de gestación, no estuvo monitorizada. La única conclusión que un observador razonable puede extraer es que algo debió ocurrir para que, siendo normal el feto, las cosas se torcieran, y lo que es indiscutible es que algo ocurrió estando ya la madre ingresada y, por tanto, directamente al cuidado de la Administración. Es claro que un caso como éste, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de los sucedido”.

Sin embargo, quien suscribe discrepa de dicha opinión doctrinal, ya que como dispone la STSJ de Castilla-León, Sala C-A, Sección 3ª, de 8 de mayo de 2012, en el PO 1324/2006. Ponente: Excmo. Dr. D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro: No se considera que las lesiones cerebrales del menor sean algo totalmente desproporcionado en relación con lo esperado, pues la anoxia perinatal y sus consecuencias es uno de los riesgos presentes en todo parto, y la ciencia médica se encamina,

Por último, no se puede confundir el «daño desproporcionado» con los graves daños derivados de la actuación médica cuando entran dentro de la órbita de la misma y no son extraños a ella. Así, a propósito de las lesiones cerebrales de un recién nacido en un parto con fórceps, dispone la STS, Sala de lo C-A (Sección 4ª), de 17 de septiembre de 2012, Rec. Casación 6693/2010, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí:

“La parte recurrente asimismo cita la doctrina del daño desproporcionado, en cuanto a su desconocimiento por la sentencia recurrida y la presunción de culpa, pero en modo alguno puede acogerse, por cuanto a pesar del gravísimo cuadro secuelar que presenta el menor, no estamos en presencia del mismo, porque como hemos expuesto recientemente en la sentencia de 29 de

precisamente a conjurarlo (recuérdese todo lo dicho en relación con la pérdida de bienestar fetal). Por lo tanto no tiene cabida en este supuesto, a juicio de la Sala, la doctrina de la jurisprudencia civil «res ipsa loquitur» (STS (Civil) 9 de diciembre de 1999, existe una presunción de defectuosa prestación del servicio cuando se produce un resultado desproporcionado con lo que es usual comparativamente, sin que intervenga culpa de la víctima o acción de un tercero).

Igualmente, la STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, dispone: C) *Por último, es necesario dejar claro que el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, que es lo que en última instancia pretende la aquí recurrente. Ello supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración como una obligación de medios, que no de resultados. Así lo explica, con toda claridad, la sentencia de 10 de julio de 2.012 (recurso de casación 3.243/2.010), que dice:*

“Es cierta, por supuesto, la obligada inversión de la carga de la prueba, pues es la Administración sanitaria, no el paciente, la que dispone con mayor facilidad de los elementos de juicio idóneos para aproximarse a una conclusión razonable sobre la causa de la lesión. Pero ello no supone que toda incertidumbre sobre esa causa, incluso cuando la lesión, como es el caso, se objetiva mientras el paciente permanece en el centro hospitalario, deba resolverse en perjuicio de la Administración sanitaria, proclamando su responsabilidad patrimonial. Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”, la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada “lex artis”. O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta”.

junio pasado, recurso de casación nº 2950/2007 : “en todo caso, ni aún por esa vía incidental (del daño desproporcionado) podríamos acoger el motivo, pues esa jurisprudencia, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado desproporcionado, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”. En el caso presente, el sufrimiento fetal o la pérdida de bienestar fetal del feto representa una situación de riesgo muy grave, que motiva la actuación médica en las posibilidades que permitan avanzar y terminar el parto y, que puede generar daños que entran, desgraciadamente, dentro de los escenarios posibles que los avances de la ciencia médica no han podido desterrar del todo ni aún utilizando los mejores de los profesionales ni las posibilidades de detección más avanzadas. No hay daño desproporcionado atendiendo al resultado, ya que el mismo entra dentro de una esfera posible que se ha de evitar pero que no es posible en todos los caso, como desgraciadamente ha ocurrido”.

4.5.4 Estado de la ciencia

En la reforma operada en la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, modifica, entre otros, el art. 141.1 que, tras la redacción dada, dispone:

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daño que éste no tenga el deber jurídico de soportar.

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asis-

tenciales o económicas que se puedan establecer por ley»⁵¹.

La carga de probar el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los hechos corresponde a la Administración sanitaria.

En el fondo lo que se contempla es la manifiesta imposibilidad de que el Estado asuma todos los riesgos inherentes a la prestación médica, excluyendo la antijuridicidad de algunos daños donde el estado de la ciencia no ha alcanzado un nivel adecuado para resolver los problemas de la salud. Hay que tener en cuenta que el derecho constitucional a la protección de la salud no incluye los últimos avances de la medicina, no existiendo un derecho a la medicina más avanzada⁵².

51 Así lo hemos reiterado la STS de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.001, expusimos que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”.

52 STJ de Valladolid, Sala C-A, Sección 3ª, PO 2383/2003, de 4 de junio de 2010, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Zatarain y Valdemoro: No puede este tribunal dejar de constatar que el retraso en la tramitación y resolución de este recurso, junto con el retardo en acceder a la administración de justicia han facilitado el desarrollo del estado de la ciencia para analizar el supuesto concreto que nos ocupa. Evolución científica que por otro lado ha justificado las diferencias de apreciación documentalmente reflejadas. Efectivamente la práctica totalidad de los documentos administrativos que obran en el expediente administrativo ubican la causalidad en una hipoxia neonatal o perinatal, pero es lo cierto que tales documentos fueron redactados en fechas antiguas, 1997, constatándose ahora la evolución del estado de la ciencia y siendo perfectamente posible y prácticamente seguro que la indicación de esta causalidad en documentos recientes enlaza con la práctica administrativa habitual siendo cada documento presupuesto o continuación del anterior. Máxime si es recogido el anterior en la anamnesis del siguiente. Otro tanto cabe decir de las dos resoluciones de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Valladolid de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León. Se entiende entonces que la relación de causalidad que debe mediar entre la lesión sufrida por el menor Pablo y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios no ha quedado cumplidamente acreditada, máxime por el posterior desarrollo de la ciencia. Además se presentan como

4.5.5 Ruptura del nexo causal

Existen supuestos en los que la acción del propio perjudicado tiene entidad suficiente para modificar el nexo causal, exonerando de responsabilidad a la Administración o atemperándola en el caso de que haya contribuido a la producción del daño, pero no de forma decisiva para excluir de responsabilidad al titular del servicio.

En otros supuestos, el daño deviene de causas intrínsecas a la propia salud del paciente⁵³, por lo que el nexo causal queda, igualmente, roto.

En otras ocasiones, es la intervención de un tercero⁵⁴ el que altera el curso de los acontecimientos, dependiendo de la entidad de dicha intervención que se produzca la rotura o no del vínculo pues, como hemos visto, el nexo no tiene que ser exclusivo. Tal es así, que cabe la concurrencia de conductas en la determinación del daño, cuando varias de ellas contribuyen a su producción, siendo la tendencia atemperar el quantum indemnizatorio.

Es todos los supuestos mencionados, la prueba de su existencia y trascendencia en el resultado final corresponde a la Administración, que se beneficiará de dicha acreditación.

4.5.6 Fuerza mayor

La jurisprudencia define la fuerza mayor “como aquel suceso que está fuera del círculo de acción del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño material y directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de la manifestación⁵⁵”.

El art. 139.1 de la LRJPAC dispone:

causas más probables de esas lesiones la prematuridad, la rotura de la bolsa amniótica y su oligoamnios extremo.”

53 STS de 11 de noviembre de 2004.

54 SSTS, Sala C-A (Sección 4ª), de 07/12/2011, Recurso de Casación 6613/2009, Excmo. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo y de 22/11/2011, Recurso de Casación 4823/2009, Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez: “Se insiste STS 19 de junio de 2007, rec. casación 10231/2003 (con cita de otras muchas) que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesa del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público.”

55 STS, Sala 3ª, de 20 de junio de 2000.

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

Por tanto, la fuerza mayor es la única causa de exoneración de responsabilidad de la Administración, prevista legalmente, correspondiendo a la Administración demandada la prueba de su existencia.

Por el contrario, la Administración sí responde en los supuestos de caso fortuito, consecuencia del carácter objetivo de dicha responsabilidad, caracterizado por su indeterminación (se desconoce la causa productora del daño) y su interioridad en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño.

4.5.7 El cumplimiento de la *lex artis*

Parece razonable invertir la carga de la prueba de mal funcionamiento del servicio siempre que dicha prueba resulte mucho más costosa para el paciente que para la Administración. De esta forma, una vez probados por la parte reclamante la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la actuación médica prestada, corresponderá a la Administración demostrar que la asistencia procurada se ajustó a los protocolos y a la *lex artis*.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de 4 de julio de 2007 (RJ 2007,6616), Rec. Casac. 8368/2003: *«El principio de la responsabilidad objetiva de la Administración no puede servir para justificar la falta de acreditación por parte de la Administración de unos resultados irregulares, puesto que dicho principio, junto con el principio de la facilidad de la prueba, obligan a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue, en todo caso, conforme a las exigencias de la lex artis», pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer, en todos los casos, sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una correcta práctica médica.*

Dice, igualmente, la STS de 23 de febrero de 2009, (RJ 2009, 1147), en su FJº 5º: *“Una vez que se ha acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o que lo ha sido con retraso,*

*no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. De otra forma se trasladaría al afectado la carga de un hecho de demostración imposible. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”.*⁵⁶

4.5.8 La información facilitada al paciente

Es doctrina reiterada del TS aquella que proclama que la prueba fehaciente de la información facilitada al paciente pesa sobre la Administración sanitaria⁵⁷,

⁵⁶ En el mismo sentido la STS, Sala de lo C-A, (Sección Cuarta), de 3 de diciembre de 2010, Rec. Casación 3339/2006, Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso: *“También conforme reiterada jurisprudencia a quien reclama le incumbe justificar, al menos de forma indiciaria, incluso mediante la prueba de presunciones prevista en el art. 38.6 de la LEC que se producido por parte de las instituciones sanitarias un mal uso de la lex artis, si bien una vez acreditado que un tratamiento no se ha realizado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación, esto es, que probada la irregularidad, le corresponde a la Administración justificar que actuó como le era exigible”.*

⁵⁷ STS, Sala de lo C-A, Sección 4ª, de 7/12/2011, Rec. Casac. 6613/2009. Ponente: Excmo. Sra. Doña Celsa Pico Lorenzo: *“En el momento presente partimos de que consentimiento informado supone “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud” (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002). Se ha recordado en la sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que “El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica --no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión--, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario. Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la res-*

información que debe incluir los riesgos, advirtiendo el Supremo que: “*No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada --puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente-- y en un padecimiento innecesario para el enfermo*”. Así mismo, advierte que la carga de la prueba se invierte respecto a las reglas generales probatorias, debiendo ser la Administración quien acredite la información facilitada.

4.5.9 La falta de elección del aborto por los padres en el caso de no detección de malformaciones del nasciturus

Supuesto peculiar son ese grupo de Sentencias del TS relativas a la estimación de la pretensión indemnizatoria por deficiente detección de malformaciones en nasciturus.⁵⁸ En estas demandas, frecuentes en países anglosajones (acción «wrong birth»), el derecho indemnizable es la privación del derecho de los padres a decidir sobre la interrupción legal del embarazo, ante la no realización o no comunicación de una prueba diagnóstica o de otro tenor.

Según el TS⁵⁹ incumbe a la Administración demandada la carga de probar, de forma indubitada, que, en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto, no hubiera optado por el aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial. Por tanto, corresponde a la Administración acreditar que la decisión de la madre habría sido la misma con un diagnóstico acertado⁶⁰.

5. CONCLUSIONES: ¿ES UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA? EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

La jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo no realiza una aplicación estricta de la responsabi-

lidad a quien pretende exigirla de la Administración”.

58 SSTs 4 de noviembre de 2005 (RJ 2006,1544); 30 de junio de 2006 (RJ 2006, 6580); de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5860).

59 STS, Sala de lo C-A, (Sección Cuarta), de 25 de mayo de 2010, Rec. 3021/2008, Ponente: Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

60 STS de 4 de noviembre de 2008, Rec. Casa. 4936/2004, así como STSJ de Valencia, Sala de lo C-A (Sección 2ª), Rec. 61/2007, de febrero de 2013.

dad objetiva de la Administración sanitaria regulada legalmente en el art. 139.1 de la LRJPAC, intuyendo lo irracional de exigir a la Administración la cobertura de daños inevitables, por lo que ha limitado la responsabilidad a supuestos de funcionamiento anormal, utilizando el criterio de la *lex artis* para valorar la corrección de los actos médicos (el carácter antijurídico del daño legalmente previsto en el art. 141.1 de la LRJPAC)⁶¹.

La responsabilidad objetiva de la responsabilidad patrimonial sanitaria, en el marco del criterio general de imputación por funcionamiento anormal, se caracteriza por gravitar sobre el dato objetivo del daño antijurídico.

El sistema de responsabilidad objetiva, con trato indiferenciado del funcionamiento normal o anormal de la Administración, establecido por el legislador se ha visto superado por las resoluciones jurisprudenciales, ya que un examen jurisprudencial detenido así como la práctica profesional no nos permite afirmar la responsabilidad del Estado cuando el daño se produce mediando un funcionamiento normal.

61 STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 2/10/2012, Recurso de Casación 1895/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: “*Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año). Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*; por ello la Sala de instancia no infringió los preceptos citados como vulnerados, sino que los aplicó conforme a Derecho, cuando razonó para desestimar el recurso contencioso-administrativo, que valorando la prueba no apreció constancia alguna de mala praxis en los actos médicos aplicados para intentar resolver el daño al menor que concluyó en su fallecimiento*”.

Resulta necesario acometer una reforma en profundidad del régimen legal de responsabilidad patrimonial objetivo, sin culpa, basado tanto “en el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos”, previsto en el art. 139.1 de la Ley 30/1992, y hacerlo a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo que reinterpreta dicho precepto⁶², afirmando la “*inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada “medicina curativa”*”.

Aun cuando la *lex artis ad hoc* surgió, en su origen, para mitigar el impacto de un excesivo rigor en la aplicación del régimen objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cierto es que la práctica forense nos enseña que las más recientes tendencias jurisprudenciales están imponiendo *de facto* a la Administración la carga de probar que ha actuado con la diligencia exigible en un sinfín de supuestos. De modo que es posible afirmar que, tímidamente, en la práctica, se está volviendo a la

aplicación del sistema objetivo o por el resultado en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BELLO JANEIRO, D: Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Reus, Madrid, 2009.
- BELLO JANEIRO, D: Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria, Reus Madrid, 2013.
- DE FUENTES BAJARDÍ, J.: Manual sobre responsabilidad sanitaria, Ob. Colectiva, 2009.
- GALLARDO CASTILLO, MJ: La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, 2009.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, 2006.
- GUERRERO ZAPLANA, J: “Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios”. Lex Nova, Valladolid, 2001.
- JIMÉNEZ S., MARTÍNEZ V.M., BELDA E.: Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria, Aranzadi, 2008.
- MIR PUIGPELAT,O: “ La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, organización, imputación y culpabilidad”, 2000.
- RIVAS LÓPEZ A.L.: Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Fundación Asesores Locales, Málaga 2012.
- RODRIGUEZ LÓPEZ,P: Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria, Atelier, 2007.
- ZABALA GUADALUPE, JJ: Manual sobre Responsabilidad sanitaria, Aranzadi 2009.

⁶² STS, Sala C-A (Sección 4ª), de 20/11/2012, Recurso de Casación 4891/2011, Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García: *Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”, la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada “lex artis”. O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta. Hay ahí, por tanto, o no deja de haber, la constatación de la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada “medicina curativa”. A tal jurisprudencia no se adecua el criterio tan general o sin más matices que defiende la parte actora en este recurso de casación, pues si la concurrencia de aquella doble circunstancia fuera por sí suficiente para afirmar la responsabilidad de la Administración sanitaria, se olvidarían en realidad aquellas limitaciones de la ciencia médica, que pueden justificar ciertamente el desconocimiento real de la causa de una lesión en concreto. En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles”.*

SEGURIDAD DEL PACIENTE EN EL ÁREA QUIRÚRGICA. CIRUGÍA GENERAL. PROYECTO PILOTO DE IMPLANTACIÓN DE LISTAS DE VERIFICACIÓN QUIRÚRGICA EN UN SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. ASPECTOS JURÍDICOS

Ángela García Matas

Subdirectora Médica. Gerencia de coordinación e inspección. SESCAM

Ricardo Pardo García

Cirujano Hospital General de Ciudad Real. SESCAM

Javier Moreno Alemán

Presidente Ejecutivo. Asjusa Letramed. Abogado de Zurich

ÍNDICE

- I. JUSTIFICACIÓN
- II. EL *CHECKLIST* COMO HERRAMIENTA DE SEGURIDAD DEL PACIENTE Y DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS
- III. SITUACIÓN EN ESPAÑA
- IV. CONCLUSIONES
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. JUSTIFICACIÓN

No existen publicaciones recientes en que se recoja ningún intento de implantación, a nivel regional, para una especialidad determinada, de un listado de verificación quirúrgico y que ésta se haya realizado por consenso de los profesionales tras una jornada de trabajo promovida desde un Servicio de Salud.

La situación privilegiada de la Gerencia de Coordinación e Inspección, como instructora de los expedientes de responsabilidad patrimonial y el conocimiento exhaustivo del mapa de riesgos sanitarios

que tiene la Compañía de Seguros Zurich España S.A. a nivel nacional, invitan a un intento de abordaje de estas cuestiones con la finalidad de mejorar la seguridad de los pacientes (disminuyendo la morbimortalidad asociada al acto quirúrgico) y de los profesionales sanitarios (segundas víctimas) y reducir el número de eventos adversos, con el consiguiente descenso de reclamaciones y procesos judiciales, tanto en vía Contencioso Administrativa como en las jurisdicciones Penal y Civil y la lógica reducción de costes que ello supone.

La implantación del LVQ en un Centro Hospitalario es una tarea ardua que requiere claridad de objetivos y empeño. Uno de los elementos clave para la implantación de una acción nueva es que los profesionales lo consideren útil.

Para ello, y tras revisar los aspectos jurídicos asociados a la adopción de la medida, y con la colaboración de la Dirección General de Atención Sanitaria y Calidad, se decide poner en marcha unas jornadas donde se reúna a los Jefes de Servicio de las Especialidades Quirúrgicas de los distintos Cen-

tros de la Comunidad Autónoma, con objeto de poner de manifiesto la situación real y proporcionarles una herramienta, conocida, validada, efectiva y eficiente, con cuya implantación se pueda mejorar la seguridad del acto quirúrgico en los siguientes aspectos:

- Identificación de pacientes.
- Seguridad del acto anestésico.
- Cirugía en lugar erróneo.
- Información y consentimiento informado (uno por procedimiento).
- Profilaxis antibiótica.
- Profilaxis antitrombótica.
- Pérdida de piezas anatómicas.
- Olvido de cuerpos extraños.

II. EL CHECKLIST COMO HERRAMIENTA DE SEGURIDAD DEL PACIENTE Y DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Las complicaciones de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, así como los errores asociados a éstos, son una causa importante de morbi-mortalidad dentro de los Sistemas Sanitarios.

Puede estimarse que anualmente se realizan 234 millones de cirugías mayores en los países más desarrollados del mundo. Este aumento de los actos quirúrgicos ha llevado consigo, un incremento del registro de complicaciones importantes que se ha mensurado en un 3-16% de los procedimientos quirúrgicos que requieren ingreso, con tasas de mortalidad o discapacidad permanente del 0,4-0,8% aproximadamente.

Estos resultados demuestran que la atención sanitaria es una actividad no exenta de riesgo que está orientada a la mejora de la salud; son estos resultados los que han motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el año 2008, a lanzar el reto «La Cirugía Segura Salva Vidas» dentro del marco de acciones prioritarias de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente. Una de las consecuencias inmediatas de esta iniciativa fue la publicación de una guía de prácticas aplicables, dirigidas a reducir los eventos adversos, tanto en pacientes que reciben tratamiento médico como pacientes que reciben tratamiento quirúrgico.

Entre las prácticas recomendadas para la prevención de eventos adversos, destaca la lista de verificación quirúrgica (LVQ), un breve cuestionario que, sin incrementar el gasto hospitalario, resulta accesible a todos los centros hospitalarios, es adaptable a las ne-

cesidades de cada uno de ellos y permite diferenciar si el origen de los eventos adversos reside en el factor humano o, por el contrario, obedece a fallos técnico-sistémicos.

Los listados de verificación (check-list) son ayudas cognitivas para la realización de determinadas actividades. Se ha demostrado su eficacia tanto para garantizar la correcta ejecución de determinadas actividades, como en la prevención de errores al sistematizar las acciones y constituir un recordatorio de las mismas. Aunque han sido ampliamente utilizados desde hace mucho tiempo en múltiples sectores (aeronáutica, etc.), su introducción en el sector sanitario es relativamente reciente.

El grupo de trabajo de la Alianza Mundial por la Seguridad del Paciente –compuesto por cirujanos, anestesistas, enfermeros y expertos en gestión de la seguridad– identificó diez objetivos fundamentales, recogidos en la «Lista OMS de verificación de la seguridad de la cirugía»; a través de estos objetivos se pretende guiar a los equipos quirúrgicos para evitar la materialización de eventos adversos.

El *checklist*, o lista de verificación quirúrgica, es una herramienta con la que, además de garantizar la seguridad del paciente, se facilita y acredita la *buena praxis* por parte de los profesionales sanitarios y, en último término, constituye también un respaldo ante posibles responsabilidades legales.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) su implantación permite salvar hasta medio millón de vidas al año en todo el mundo. De hecho, la OMS ha elaborado un estudio piloto, entre 2008 y 2009, que reveló que la implantación del *checklist* redujo el porcentaje de errores evitables de un 35,2% a un 24,3%. A partir de los resultados de este estudio, la OMS confeccionó la denominada *Surgical Safety Checklist*, una lista de verificación de seguridad quirúrgica básica y orientativa que, a lo largo de los últimos dos años y medio, más de 3.900 hospitales de 122 países han ido implementando y adaptando en función de sus necesidades. España se encuentra entre esos 122 países, si bien en nuestro Sistema Nacional de Salud no se ha generalizado su uso, a excepción de algunas Comunidades Autónomas, entre las que destacan, Cataluña o Andalucía.

A pesar de las reticencias para su implantación, la utilidad de la Lista de Verificación Quirúrgica parece comprobada para las cirugías realizadas en los países más desarrollados. El análisis de los datos pre-

sentes en el estudio de Haynes et al, referidos a 3.878 pacientes de 4 hospitales repartidos en Seattle, Toronto, Londres y Auckland, revelan una reducción en el índice total de complicaciones del 3,13%, con una disminución de la mortalidad del 0,4%, una minoración del porcentaje de re-intervenciones del 1,27% y de la infección quirúrgica del 1,17%.

El estudio de De Vries et al. realizado en 7.580 pacientes de 6 hospitales holandeses, muestra unos resultados similares, con un descenso de la mortalidad del 0,7% y de las complicaciones del 4,8%. Otros efectos demostrados son el aumento del índice de cumplimiento de los protocolos de profilaxis antibiótica y antitrombótica, o la prevención de equivocaciones en la lateralidad del sitio quirúrgico.

Por otro lado, del estudio De Vries et al se extraen una serie de conclusiones a nivel legal al considerar que: casi una tercera parte de los factores contribuyentes en la estimación de mala praxis médica podrían haber sido prevenidos mediante el seguimiento del checklist quirúrgico. Y es que las complicaciones que motivan las reclamaciones/demandas habrían sido detectados por la LVQ de haber sido utilizada, con una reducción estimada de un 40% de la mortalidad y de un 29% de las complicaciones causantes de una lesión permanente, lo que se traduciría en la reducción de un tercio de las reclamaciones/demandas, o la desestimación de las mismas.

En este punto, hemos de señalar que escasa es la incidencia de los checklist quirúrgicos dentro de los diferentes fallos judiciales. Y es que no sólo se trata de una medida poco conocida, sino que, por ende, a la misma se le concede escaso valor probatorio. No obstante, hemos de advertir que ya se han detectado casos, en los Estados Unidos, en que uno de los Fundamentos de la demanda se centra en la ausencia de implantación de un listado de verificación quirúrgico. Hemos de señalar que muchos de los Estados de la Unión han impulsado, mediante Leyes, la implantación de medidas de seguridad clínica, lo que ha conducido a no pocos quebraderos de cabeza a los distintos Centros sanitarios. Si de la implantación de un checklist, o su ausencia, se puede derivar responsabilidad para el Centro sanitario o los profesionales, es una cuestión que los tribunales norteamericanos habrán de resolver en su momento.

Finalmente, hemos de puntualizar que el valor del checklist quirúrgico no puede establecerse de forma aislada e independiente del conjunto de medidas transversales que supone el desarrollo e implantación

de una Cultura de Seguridad en un centro. De esta forma, la lista de verificación será cuanto más efectiva cuanto mayor sea la Cultura de Seguridad del Centro o Servicio en el que se haya implantado.

III. SITUACIÓN EN ESPAÑA

Actualmente, en España la Seguridad del Paciente pertenece al ámbito de las Guías, Recomendaciones y Protocolos Asistenciales de los distintos Servicios de Salud o Servicios Médicos. No existe ninguna norma que obligue al uso de listas de verificación, aunque sí es “muy recomendable” tal y como dispone el Plan Nacional de Calidad del Sistema Nacional de Salud en su ESTRATEGIA 8. Por otro lado, es cierto que, en aquellos Servicios en que no se encuentra implantado el checklist quirúrgico, los procedimientos se encuentran, normalmente, protocolizados y estandarizados.

El hecho es que, hoy en día en España, existen experiencias en servicios quirúrgicos en los que se han implantado, por iniciativa no institucional, los checklist. Estas experiencias han evidenciado y confirmado los datos publicados en la literatura internacional⁽⁶⁾; resulta llamativa, en este sentido, la implantación de un Listado Digital de Verificación, que facilita un seguimiento breve y sencillo del checklist, asegurando que la mayoría de sus pasos se “interiorizan” y “automatizan” como parte de la rutina de quirófano.

Las conclusiones a las que se puede llegar de la implantación de un Listado de Verificación de un Servicio Quirúrgico en formato digital es que supone un avance en términos de seguridad para los pacientes y también una mejora en la accesibilidad de la información para los profesionales, consolidando el Listado de Verificación de un Servicio Quirúrgico como una herramienta de calidad, al permitir valorar estadísticamente sus resultados, a bajo coste y con una alta fiabilidad.

No obstante The Joint Commission define en su documento “*Improving Patient and Worker Safety Opportunities for Synergy, Collaboration and Innovation*” que la implantación de los checklist ha de ser responsabilidad de la Administración como objetivo tanto para mejorar la seguridad de los pacientes como la de los profesionales sanitarios.

Por otro lado, desde un punto de vista netamente jurídico, hemos de señalar que la jurisprudencia española ya reconoce el valor de Protocolos y Guías,

como elementos de prueba esencial que acreditan la corrección de la actuación sanitaria; a título meramente ejemplificativo, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2013 (nº430/2013), se recuerda que la acreditación de una asistencia sanitaria correcta, se realiza mediante el cumplimiento de los protocolos asistenciales. Así:

“(...) no justifica, sin embargo, que los protocolos aconsejen dicha prueba, ni la frecuencia con la que debería hacerse. En otras palabras, la recurrente no justifica, como debería, que la prueba que se afirma omitida, fuera exigible como prueba rutinaria de control de patología preexistente, ni tampoco (...) que concurriera circunstancia que hubiera exigido distinto tratamiento”.

Por su parte, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de enero de 2009 (nº7/2009), contundentemente, se afirmaba que:

“en base a los razonamientos expuestos, considera esta Sala en definitiva que resulta acreditado que la actuación de los servicios médicos del Hospital 12 de Octubre se ajusta a lo establecido en su Protocolo de actuación en Traumatismos Craneoencefálicos sin que tal circunstancia resulte desvirtuada en forma alguna y sin que, por otra parte, resulte acreditado la existencia de un error o defecto en el mismo que permitiera invalidarlo, actuación conforme a Protocolo que impide apreciar la concurrencia de infracción de la lex artis por lo que el fallecimiento del paciente no puede atribuirse a una defectuosa actuación de los servicios sanitarios...”

Efectivamente, uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario, sea privado o público, es la acreditación de que la asistencia prestada se ha ajustado al *standard* de diligencia debido o *lex artis ad hoc*. En este punto, el problema práctico resulta doble: por un lado, la ausencia de capacitación y, en ocasiones, incluso familiaridad de la Magistratura con el mundo de la Medicina y, por otro lado, la complejidad de la Ciencia Médica y la especificidad en cuanto a la propia terminología y a los motivos que sustentan una decisión terapéutica concreta, cuestiones ambas, que dificultan la labor del abogado de profesionales de la salud para acreditar la corrección de la asistencia sanitaria.

Así, hemos de recordar que tanto en la Medicina

Privada como en la Medicina Pública, uno de los elementos esenciales para declarar cualquier tipo de responsabilidad es la vulneración de la *lex artis ad hoc*, aspecto en el que el checklist puede ser una ayuda de valor incalculable.

Así, ya el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Civil de 23 de mayo de 2007 (Rec. Casación nº1940/2000) recordaba que en el ámbito de la Medicina Privada:

“El criterio básico, respecto de los profesionales médicos, estriba en la determinación de si se comportaron con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, en los protocolos médicos, lo que esta Sala ha denominado lex artis ad hoc, una concreción de la diligencia (que comporta determinados grados de previsión y de pericia) que exige el artículo 1104 del Código civil, ajustada a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. El Hospital puede ser imputado, sin embargo, más allá de la pericia o diligencia con que se comporten los profesionales sanitarios que estén a su servicio, pues cabe que se presenten carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación que, según los casos y circunstancias, pueden ser imputados conjuntamente al profesional y al hospital o sólo al centro”

Lo que, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2011 (Rec. Casación nº4037/2006) se matizaba, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración como:

“En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria esta Sala y Sección en sentencias entre otras las de 27.11.2002, 20.11.2002, 17.1.2001, y el Tribunal Supremo entre otras, como las de 9.3.1998, 14.10.2002, 19.7.2004 (RJ 2004, 6005), han venido proclamando que la obligación del profesional médico es siempre de medios, no de resultados; siendo así que la jurisprudencia ha descompuesto esta obligación en los siguientes deberes: A/ Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales. B/ Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico. C/ Continuar

el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiéndolo de los riesgos de abandono del tratamiento”

En nuestra jurisprudencia encontramos ejemplos ilustrativos de eventos adversos que hubieran podido evitarse mediante la implantación del listado de verificación quirúrgica, así citaremos por todas la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo, de 14 de marzo de 2013 (Procedimiento Ordinario 620/2007), relativa a la profilaxis antibiótica, en la que se afirma:

“A la vista de lo anterior, es evidente que concurren todos los requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración: un funcionamiento anormal de la Administración, evidenciado en esa infracción de la *lex artis* al no proporcionar una profilaxis antibiótica que, como se ha dicho, hubiera evitado o minimizado el riesgo de infección por *Clostridium perfringens*; un daño producido al paciente, consistente en esa grave infección con todas las secuelas que luego se van a describir, y que es antijurídico en cuanto que no tenía deber alguno de soportar (sobre este particular, el informe de la Inspección resalta que el daño sufrido “excede substancialmente al beneficio esperado de la misma” intervención); y, finalmente, una relación de causalidad entre uno y otro, pues si se hubiera administrado la profilaxis el resultado, en una gran probabilidad, no se hubiera producido.”

En otras palabras, el *checklist* quirúrgico se puede convertir en una herramienta inestimable para acreditar que se han adoptado cuantas medidas eran posibles para evitar la materialización de un daño en el paciente, sea tanto en la Medicina Privada como en el ámbito Público. Lo que es más, con la generalización del uso de protocolos y guías clínicas, cabe preguntarse cuánto tiempo habrá de transcurrir hasta que el *checklist* quirúrgico se convierta en elemento esencial de prueba de una correcta asistencia.

Si bien es cierto que, en nuestros días, los listados de verificación quirúrgica no son sólo desconocidos en algunos Centros Hospitalarios, sino también por la Magistratura, hemos de señalar que su valor como prueba indiciaria, resulta incuestionable. Dicho de otro modo, el listado de verificación quirúrgica carece de trascendencia jurídica por sí mismo, es el uso que se hace de este documento, tanto por la Magistratura como por los Letrados, lo que puede convertir a esta sencilla herramienta de seguridad, en una poderosa arma procesal que, acompañada de

otras pruebas indiciarias, tales como anotaciones en el Historial Clínico, pudiera cambiar el sentido de un fallo judicial y dar la victoria a los defensores del Sistema Sanitario y de sus profesionales.

Es por todo ello que resulta muy recomendable que, llegado el momento de elaborar un listado de verificación quirúrgica, se recabe la colaboración de la Administración, de los profesionales sanitarios y de los del Derecho, en orden a facilitar el acceso de determinados aspectos que motivan la declaración de responsabilidad sanitaria (existencia de documento de Consentimiento Informado, profilaxis antibiótica preoperatoria, declaración de alergias...), en estos listados; se reduciría, tal y como apuntaba De Vries en su estudio, tanto el número de reclamaciones como de procedimientos que se judicializan, al reducir el número de eventos adversos que se pueden materializar.

IV. CONCLUSIONES

Primera.— El *checklist* o listado de verificación quirúrgica es sinónimo de seguridad del paciente, pero también de seguridad jurídica de los profesionales sanitarios.

Segunda.— Sólo con el firme compromiso de las Administraciones Sanitarias se pueden trasladar las herramientas de seguridad del paciente de los despachos a consultas y quirófanos.

Tercera.— La implantación del *checklist* a nivel regional no se agota en la exigencia a los profesionales de cumplimentar un listado de verificación quirúrgica, mediante una norma jurídica que imponga su uso.

Cuarta.— Es preciso crear y reforzar una creciente cultura de seguridad clínica en los profesionales sanitarios, logrando el compromiso y la convicción de todos los profesionales implicados en la utilidad de la herramienta.

Quinta.— De otro modo, la exigencia por parte de la Administración a través de una norma jurídica del deber de cumplimentar el *checklist*, sin un compromiso firme de los profesionales sanitarios, podría afectar negativamente a la responsabilidad de la Administración Sanitaria y de los propios profesionales, pues la mera ausencia del listado de verificación quirúrgica podría llegar a generar responsabilidad para la institución y/o los profesionales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Weiser TG, Regenbogen SE, Thompson KD, et al. An estimation of the global volume of surgery: a modelling strategy based on available data. *Lancet* 2008; 372: 139–44
- Organización Mundial de la Salud. Segundo reto mundial por la seguridad del paciente: la cirugía segura salva vidas. Alianza Mundial para la seguridad del paciente, 2008.[consultado 6/1/2012]. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2008/WHO_IER_PSP_2008.07_spa.pdf
- Grande L. Mejorar la seguridad en los quirófanos reduce la mortalidad hospitalaria. *Cir. Esp.* 2009;86:329–30.
- Haynes AB, Weiser TG, Berry WR, Lipsitz SR, Breizat AS, Dellinger EP, et al. A surgical safety checklist to reduce morbidity and mortality in a global population. *N Engl J Med.* 2009;360:491–9.
- De Vries E, Prins H. Effect of a comprehensive surgical safety system on patient outcomes. *NEJM* 2010;363:1928-37.
- Da Silva-Freitas, Rousinelle; Martín-Laez, Ruben; Madrazo-Leal, César Balamero; Villena-Martin, Maikal; Valduvico-Juaristi, Idoya; Martínez-Agüeros, José Ángel; Vázquez Barquero, Alfonso. Implantación de la lista de verificación quirúrgica de la Organización Mundial de la Salud modificada para el paciente neuroquirúrgico: experiencia inicial en 400 casos. *Neurocirugía.* 2012; 23 :60-9 - vol.23 núm 02
- Libro de Congresos de Cádiz de Calidad Asistencial 2012. Implantación de un Listado Digital de Verificación de Seguridad Quirúrgica en los quirófanos del H.R.U Carlos Haya. Díaz Ojeda Julio y Pascual Barrera Ana Margarita.
- De Vries E, P. Eikens-Jansen, Manon, et al. Prevention of Surgical Malpractice Claims by Use of a Surgical Safety Checklist. *Annals of Surgery*, Vol. 253, Nº 3, Marzo de 2011.

EL RECURSO A LA PROPORCIONALIDAD POR PARTE DE NUESTROS TRIBUNALES EN EL ENJUICIAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR MEDIDAS DE CONTENCION EN EL AMBITO SANITARIO Y SOCIOSANITARIO

Federico Montalvo Jääskeläinen

*Profesor propio adjunto Derecho Constitucional, Facultad de Derecho
UPComillas (ICADE)*

Eduardo Asensi Pallarés

*Socio Director del despacho Asjusa-Letramed
Profesor honorífico de legislación sanitaria (URJC)*

ÍNDICE

1. INTRODUCCION: LA LIBERTAD PERSONAL
2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
3. ANALISIS DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS
 - 3.1 Adopción de medidas de contención en el ámbito sanitario (psiquiatría)
 - 3.2 Adopción de medidas de contención en el ámbito sociosanitario
4. CONCLUSIONES

RESUMEN

El análisis de las resoluciones dictadas por nuestros Tribunales de Justicia en el ámbito del enjuiciamiento de los litigios de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la falta de adopción

de medidas de contención nos permite comprobar como la principal herramienta jurídica para valorar la legitimidad constitucional de la adopción de tales medidas, el principio de proporcionalidad, es prácticamente ignorado por dichos Tribunales. Parece que existe una doble fórmula para valorar la legitimidad de dichas medidas, ya sea como enjuiciamiento directo de las mismas, ya sea, por el contrario, como enjuiciamiento de los daños derivados por su falta de adopción. Así, si la Administración debe acreditar la legitimidad de la medida cuando pretende adoptarla, no se entiende cómo no se le exige la misma prueba a aquel que reclama daños derivados de la falta de adopción de la misma.

PALABRAS CLAVE

Principio de proporcionalidad, libertad personal, medida de contención, responsabilidad patrimonial.

1. INTRODUCCION: LA LIBERTAD PERSONAL

La libertad personal aparece proclamada en el artículo 17 de la Constitución, constituyendo como no podía ser de otra manera, un derecho fundamental que goza de la máxima protección. A este respecto, su ubicación constitucional, inmediatamente después del derecho a la vida e integridad y del derecho a la libertad de pensamiento no es casual, sino que es una muestra evidente de su importancia constitucional. Y ello es así por un doble motivo: En primer lugar, desde el punto de vista histórico-constitucional, la libertad fue una de las primeras proclamas de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX que dieron lugar a la elaboración de las Constituciones como expresión del pacto social. La libertad fue una reivindicación primigenia en la medida que si algo distinguía al régimen anterior con el que se pretendía acabar era su máxima arbitrariedad de manera que la libertad personal quedaba, con algunas mínimas garantías, en manos del poder absoluto. De este modo, la manera de luchar frente a dicho poder era a través de la reivindicación de la libertad. Ello se traslada a los textos constitucionales que se aprueban al amparo de dichas revoluciones, ocupando, pues, la libertad personal una posición privilegiada.

En segundo lugar, la libertad personal ocupa una posición reforzada en nuestro sistema constitucional en la medida que tal derecho conecta con la dignidad de la persona, de manera que la libertad será atributo necesario de la dignidad. Sin libertad el ser humano se cosifica y por tanto ve afectada su dignidad que, debemos recordar, es fundamento del núcleo esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, límite infranqueable para las decisiones de los poderes públicos que afecten a dicha libertad.

La importancia de la libertad personal como derecho fundamental se aprecia también en nuestra doctrina constitucional. Existe ya un nutrido *corpus* doctrinal del Tribunal Constitucional acerca de este derecho. Además, no hay que acudir muchos años atrás para encontrar dicha doctrina, existiendo incluso recientes resoluciones que vienen referidas a la libertad personal, siendo ejemplo de ello la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, la cual declara inconstitucional el art. 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que posibilita el internamiento de una persona por razón de enfermedad psíquica, ya que tal norma no se aprobó con el carácter de orgánica. Curiosamente, la Sentencia no anula la norma, ya que ello provocaría un vacío en el ordenamiento no

deseable. Será, pues, el legislador el que tendrá que remediar a la mayor brevedad posible tal cuestión aprobando una nueva norma que sí tenga naturaleza orgánica, lo que hasta la fecha no se ha producido¹.

En dicha Sentencia, el Alto Tribunal declara, en lo que a nuestro debate interesa, que *“Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 “ha de considerarse incluida... la -detención regular... de un enajenado-, a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (STC 104/1990, fundamento jurídico 2). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986)” (FJ 2)”*.

Así pues, de dicha Sentencia resulta que las garantías de las que constitucionalmente se dota el derecho a la libertad personal no son sólo aplicables a las privaciones o limitaciones de libertad producidas en el marco de las detenciones gubernativas en la lucha por la seguridad pública, sino que también son plenamente aplicables en el ámbito sanitario y socio-sanitario, en supuestos tales como los internamientos forzosos o la adopción de medidas de contención física.

Otra Sentencia reciente es la número 141/2012, en la que el Tribunal Constitucional estima el amparo interpuesto por una persona que fue ingresada involuntariamente y con carácter urgente, y ello, sobre la base de que el Juez tardó seis días en visitar al paciente en el centro psiquiátrico y más de diez en dictar el correspondiente Auto dando validez al ingreso urgente, es decir, se excedió el improrrogable plazo de 72 horas, no se justificó la necesidad de la

¹ El Tribunal declara, literalmente, que *“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. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida Sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia. 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” (FJ 3 in fine).*

medida y, sobre todo, que el tratamiento ambulatorio no estuviera indicado, es decir, se hizo un mal uso del principio de proporcionalidad y, por último, los informes del médico del centro y del médico forense eran meros formularios tipo no que permitían acreditar que se hiciera una valoración concreta del caso.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad constituye en el Constitucionalismo actual el principal elemento del que dispondrán los Tribunales para resolver los conflictos que surjan en el ámbito de las medidas de restricción de la libertad personal. Por ello, merece la pena detenernos mínimamente en la descripción de las principales características del mismo.

El principio fue creado por la doctrina jurisprudencial alemana y posteriormente se incorpora a diferentes ordenamientos jurídicos en la segunda mitad del siglo XX². El Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo ejemplo, no lo recoge expresamente en su articulado, limitándose el artículo 18 a establecer que “*Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas*”, lo que parece una mera referencia al principio de idoneidad. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace uso constante del principio en aquellos casos en los que ha de valorar los conflictos entre derechos e intereses generales.

En el ámbito sanitario y sociosanitario, las decisiones del Tribunal Europeo vienen generalmente referidas a supuestos de ingresos médicos involuntarios³.

² Sin embargo, en la propia doctrina alemana se aprecia una corriente que se viene mostrando muy crítica con el excesivo recurso al principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Federal, y ello, porque se considera que ha provocado un aumento de la inseguridad jurídica, de la imprevisibilidad, llegando incluso a la arbitrariedad en casos límite y, peor aún, a la sustitución del legislador por el Tribunal Constitucional. Vid. GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel: *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Madrid, 2012, p. 61.

³ Entre estas destaca singularmente, *Enhorn v. Suecia*, 2005, sobre el internamiento involuntario de un enfermo de VIH. El Tribunal considera que la medida no satisface el principio de proporcionalidad en tanto en cuanto no acredita su necesidad. Vid., también, *Winterwerp v. Países Bajos*, 1979, *Guzardi v. Italia*, 1980, *Van der Leer v. Países Bajos*, 1990, *Varbanov v. Bulgaria*, 2000, o *Hutchinson Reid v. Reino Unido*, 2000.

Por otro lado, y a diferencia del Convenio, la Carta de Derechos de la Unión Europea sí proclama explícitamente el principio de proporcionalidad en su artículo 52: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*”. La casuística del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido referida a la libertad de circulación de mercancías y salud pública. Puede destacarse, sin embargo, algún caso como *R v Minister for Agriculture, Fisheries and Food ex parte National Farmers Union and others*, 1998, en el que la Corte ha fundamentado su decisión en el principio de precaución, en virtud del cual, cuando hay una incertidumbre acerca de la extensión o, incluso, existencia de un riesgo para la salud pública, los Estados Miembros podrán adoptar medidas de protección sin necesidad de tener que esperar a que dicha incertidumbre se resuelva. En tales supuestos, se les exigirá a los poderes públicos que aporten una evaluación de riesgos, lo que puede interpretarse en el sentido de un estudio, al menos, de probabilidades e importancia de los riesgos.

Nuestra Constitución tampoco proclama de manera expresa el principio de proporcionalidad⁴. Esta falta de reconocimiento expreso en la Constitución no ha impedido, sin embargo, que el principio no haya tenido un protagonismo sustancial en nuestro sistema jurídico. Así, el Tribunal Constitucional, siguiendo el camino iniciado por varios Tribunales de nuestro entorno y, muy especialmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha acudido a dicho principio en multitud de resoluciones. Valga por to-

⁴ Tal principio de incorpora normativamente a nuestro ordenamiento jurídico en la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley ómnibus). El nuevo artículo 39 bis dispone ahora que “*Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias*”.

das, la Sentencia 66/1991, en la que literalmente se declara “no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor”.

Cierto es que, inicialmente, la doctrina jurisprudencial sobre tal principio se mostró excesivamente genérica e indeterminada, recurriendo únicamente al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, algunos autores relacionan dicho test con el juicio de ponderación, aunque ello puede resultar erróneo en la medida que el juicio de ponderación hace referencia específicamente al elemento de la proporcionalidad en sentido estricto, sin atender a los otros dos de idoneidad y necesidad⁵.

No será pues hasta los años noventa cuando se recoge el principio de proporcionalidad en su sentido amplio, incorporando junto a la proporcionalidad en sentido estricto, la idoneidad y la necesidad.

Por lo que se refiere a su contenido, este principio se encuentra estructurado en un conjunto articulado de tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de manera que el operador jurídico habrá de ir evaluando sucesivamente si la medida que al amparo del interés colectivo pretende limitar un derecho es constitucionalmente válida o no. Se ha apuntado, creemos que con acierto, que el fundamento de lo que constituye un método de resolución de conflictos entre derechos individuales e intereses colectivos no es otro que exigir al operador jurídico fundamentar de una manera clara y lógica tal limitación. Como expresa STONE, “*the concept of proportionality ... offers a transparent account of judicial reasoning*”⁶. En similares términos se expresan COHEN-ELIYA y PORAT cuando señalan que el principio de proporcionalidad permite al Juzgador estructurar mejor sus decisiones, lo que a la postre se convierte en una expresión de transparencia y en un mejor instrumento

de educación en derechos en la opinión pública y los poderes⁷.

Téngase en cuenta que, a la postre, el interés colectivo puede plantear ciertas suspicacias para el operador jurídico, tanto por su, en ocasiones, falta de concreción, como por haber sido un recurso frecuente al que han acudido los poderes públicos para limitar los derechos y libertades en atención a demandas e intereses de diversa índole. De este modo, suele partirse de una discutible presunción de inconstitucionalidad que solamente parece quedar salvada cuando la aceptación del límite basado en el interés general está claramente justificada. Tal es el fin que cumple el principio de proporcionalidad: despejar toda duda acerca de un ilegítimo recurso de los poderes públicos al interés general.

El análisis de la limitación del derecho a través de los tres subprincipios se traduce en la exigencia de valorar, en primer lugar, si la intervención pública es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, finalidad que ha de constituir en sí misma un valor reconocido constitucionalmente (la protección de la vida o integridad de la propia persona o de terceros lo es sin lugar a duda); en segundo lugar, si es imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—); y, por último, ponderada o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.

Este razonamiento en orden a determinar la constitucionalidad de la medida ablatoria debe completarse con el concepto de núcleo esencial que actuará como límite infranqueable al último de los subprincipios, del de la proporcionalidad en sentido estricto. A este respecto, debe tenerse en cuenta que no es extraño que en la ponderación entre beneficios y perjuicios sea más fácil primar a los primeros sobre los segundos, sobre todo, en atención a que aquellos recaen sobre un colectivo, mientras que los segundos afectan a un individuo o un grupo determinado de individuos. Este es el verdadero riesgo que entraña el principio de proporcionalidad. Una vez superados los dos primeros subprincipios puede resultar sencillo

5 Vid. RUIZ RUIZ, Ramón: “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2006-2007, pp. 67 y 68.

6 STONE, Adrienne: “The comparative constitutional law of freedom of expression”, en GINSBURG, Tom y DIXON, Rosalind: *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Northampton, 2011, p. 410.

7 COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo: “American balancing and German proportionality: the historical origins” en BIX, Brian y SPECTOR, Horacio: *Rights: concepts and contexts*, Ashgate, Surrey, 2012, p. 468.

superar el tercero sobre la base de que siempre habrá de primarse lo que beneficia a mayor número, aunque sea potencial, de personas. Por ello, surge el concepto constitucional de núcleo esencial que conecta con la dignidad del ser humano y que impide que queden justificados beneficios colectivos que conlleven una afectación de lo que define a un individuo como ser humano y que lo diferencia de las cosas. El beneficio no podrá conllevar la cosificación de aquel sobre el que recae la medida ablativa. Así, pueden admitirse diferentes medidas que restrinjan los derechos y libertades de los individuos pero no aquellas que afecten al núcleo esencial, todo ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución o, al menos, sólo aceptarlas cuando el balance entre los daños individuales y los beneficios colectivos sea extraordinariamente favorable a éstos últimos.

En definitiva, dado que medidas tales como los internamientos involuntarios o contenciones físicas involuntarias en centros sanitarios o sociosanitarios tienen una incidencia directa en la libertad personal y, por ende, en la dignidad de la persona, los Tribunales habrán de acudir, en orden a determinar si la medida respetó o no tal derecho, al principio de proporcionalidad. Sin embargo, un análisis de las diferentes sentencias dictadas en los últimos años por los Tribunales ordinarios sobre los conflictos planteados al amparo de tales medidas de internamiento y contención nos va a permitir comprobar como el recurso al citado principio es infrecuente o, incluso, nulo. Puede, por tanto, afirmarse que si bien el principio de proporcionalidad tiene un protagonismo esencial a la hora de valorar los presuntos atentados a la libertad personal en sede constitucional, no ocurre lo mismo en sede de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

3. ANALISIS DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

3.1 Adopción de medidas de contención en el ámbito sanitario (psiquiatría)

Las reclamaciones por los daños sufridos en el ámbito psiquiátrico (pacientes y personal médico) suelen dirimirse en su mayoría en vía contenciosa por responsabilidad patrimonial de la Administración pública. La mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la idoneidad de las medidas de contención en enfermos psiquiátricos las encontramos en reclamaciones patrimoniales por suicidios o intento de suicidio de enfermos psiquiátricos ingresados.

En este sentido, la doctrina del Supremo viene estableciendo que es requisito necesario analizar si el mismo era imprevisible e inesperado, y todo ello de acuerdo con la sintomatología que presentaba el paciente y, por tanto, si se actuó de acuerdo a la *lex artis* o no. Una de las últimas sentencias que ha dictado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, 19 de junio de 2012 (STS 4327/2012), insiste en que la *lex artis* es el criterio fundamental para determinar la responsabilidad en este tipo de reclamaciones; analizando la idoneidad de las medidas de contención adoptadas atendiendo a la sintomatología que presentaba el paciente.

La sentencia declara que *“no existe relación de causalidad alguna entre la asistencia sanitaria prestada y el fatal desenlace que se produjo, sino que el mismo fue un hecho imprevisible e inesperado, ya que no hubo en ningún momento indicios de suicidio, ni el paciente había mostrado ideas autolíticas relacionadas con su proceso depresivo para el que recibía tratamiento y al que estaba respondiendo correctamente y en definitiva, la asistencia que se le prestó fue correcta y adecuada a la lex artis, faltando el requisito de la antijuridicidad del daño objeto de la presente reclamación, por lo que no cabe imputar título de responsabilidad a la Administración sanitaria, puesto que lo fundamental es el hecho de que se produzca la infracción de la lex artis que en este caso no se acredita”*.

En la misma línea, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2012 (STS 6965/2012), estima la reclamación porque *“no valoró el riesgo autolítico, pues en el informe de alta no consta ninguna referencia o valoración del mismo, ya fuera positivo o negativo. La paciente había estado ingresada varias veces en ese Hospital y Don. A lo sabía, y sabía que la Historia Clínica estaba allí”*.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, 12 de septiembre de 2006 (STS 5230/2006), declara que es correcto no ingresar directamente a un enfermo mental en una unidad de psiquiatría cuando tiene que tratarse previamente de otras patologías en otros servicios: *“No cabe deducir ningún género de negligencia por parte de los funcionarios policiales. D. Benito se hallaba ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos, a la que había sido trasladado por un intento anterior de autolesión. La referida unidad médica, por su propia naturaleza y función permite siempre un control sanitario mucho más adecuado de cualquier paciente y*

además los policías estaban a la mayor proximidad permitida para evitar cualquier fuga, tal y como era su función, pese a lo cual, y por lo imprevisto el suceso, no pudieron hacer nada para evitar el suicidio”.

En otros, también en reclamaciones por suicidio o intento de suicidio, el Tribunal Supremo ha estimado la reclamación al considerar que no se ha cumplido el deber de vigilancia necesario con este tipo de pacientes.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2007 (STS 1656/2007), declara que *“el hecho acaecido fue imprevisible y el servicio sanitario no pudo evitarlo, no concurriendo relación de causalidad entre la actuación de dicho servicio y el luctuoso suceso acaecido. Las conclusiones de la sentencia recurrida no pueden ser aceptadas. El actor padecía antecedentes psiquiátricos, que habían determinado ingresos anteriores en el mismo hospital, que por tanto era conocedor de aquellos y que acuerda su ingreso precisamente en la unidad de psiquiátrica cuando es trasladado por sus padres al centro hospitalario tal y como tiene por probado la sentencia de instancia, presentando reagudización del cuadro psicótico con alucinaciones auditivas e ideas delirantes, unidad psiquiátrica que la propia Inspección Médica reconoce que carecía de mecanismos de protección tendentes a evitar defenestraciones u otros intentos de autolisis”.*

De ello debe concluirse que *“el actor no se encontraba en condiciones de normalidad y ello era conocido por el servicio sanitario que decide mantenerle ingresado en observación, precisamente en unidad médica especialmente cualificada, y que tenía por tanto el deber de vigilarle cuidadosamente, pues como se desprende de lo referido ninguna duda hay de que el paciente se encontraba privado de una capacidad normal de discernimiento debido a su alteración mental y tal alteración hacía previsible que se comportase creando riesgos como el de un intento de suicidio que efectivamente realizó. Así las cosas debe concluirse que no se tomaron por el Centro hospitalario, que carecía de medidas de especial protección en las ventanas, aquellas otras medidas de previsión y cuidado necesarios para prevenir el intento de suicidio que finalmente tuvo lugar”.*

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, 17 de abril de 2012 (STS 2366/2012), recuerda su propia doctrina, recogida en las Sentencias de 5 de febrero de 2007, 21

de marzo de 2007 y 19 de junio de 2007 de su Sección Sexta, en las que se concluye que *“no existen los suficientes datos fácticos que permitan acreditar la concurrencia de razones médicas que aconsejaran la adopción de una especial vigilancia sobre el paciente, cuya omisión constituyera causa adecuada y eficiente para que el finado atentara contra su vida”.*

Así pues, de la lectura de dicha Sentencias del Tribunal Supremo se deduce que el recurso al principio de proporcionalidad es prácticamente nulo en el enjuiciamiento de la idoneidad o no idoneidad de la medida de ingreso o contención. Ciertamente es que en dichos casos no se juzga directamente la idoneidad o no de la adopción de una medida de contención, sino la responsabilidad por los daños derivados por la falta de adopción de la medida o la insuficiencia de la misma. Sin embargo, ello no es óbice para que la Sala no acuda al principio de proporcionalidad, ya que la actuación de la demandada será o no antijurídica en la medida que la contención estuviera o no indicada, para lo que habrá que acudir a su enjuiciamiento a través del principio de proporcionalidad. Por ello, la ausencia del recurso a dicho principio debe llamar la atención. Parece, de este modo, que se siguieran dos maneras diferentes de enjuiciar los supuestos de hecho referidos a medidas de contención, dependiendo de que el objeto del recurso sea la evaluación directa de la medida o la evaluación indirecta de la misma en el marco de la decisión acerca de la acción de responsabilidad patrimonial.

Lo mismo ocurre si acudimos al análisis de las Sentencias de otros Tribunales diferentes del Supremo. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Valladolid), de 30 de diciembre de 2010 (nº 3063/2010, rec. 94/2006) analiza una reclamación por responsabilidad patrimonial desde un prisma médico, si se ha diagnosticado correctamente al paciente, y en consecuencia, si se han prescrito las medidas de contención adecuadas (suficientes o insuficientes): *“Tanto del informe de la Inspección Médica como del informe de la Dª Z se desprende que la actuación de los servicios sanitarios respecto a la paciente fue adecuada a la situación de la misma de agitación y agresividad por su patología psiquiátrica y por el hecho de tratarse de un internamiento no voluntario, del que se defiende la enferma físicamente como subrayó en su declaración la Dra. L. Era necesario adoptar medidas de contención verbal, física y farmacológica. Por ello precisaron ayuda de los guardias de seguridad para contener a la paciente*

y así poder inyectarle un sedante y era la paciente quien se tiraba al suelo”⁸.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sec. 3.^a) de 13 de junio de 2012 (nº 755/2012, rec. 7051/2012), también acude al criterio de la *lex artis* para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial. En concreto, si ha existido error o no del personal médico en la valoración del paciente cuando se decide retirar las medidas de contención (amarras), y pocos días después se suicida⁹: *“Aún dando por supuesto que la pudiese sufrir esquizofrenia, tal premisa no permite afirmar por si sola la existencia de ese pretendido nexo causal entre ella y el infortunado resultado producido, ya que la supresión de las medidas de contención inicialmente tomada era lo indicado al desaparecer los indicios de riesgo que al principio se advertían, que es lo que realmente hay que tener en cuenta a efectos de una posible responsabilidad sanitaria, ante la evidencia médica de que la mera existencia en una persona de una esquizofrenia no puede hacer prever una situación continuada de peligro de un posible suicidio, pues ello llevaría a unas medidas preventivas de contención permanentes, que la ciencia está claro que no admite como válidas y que son contrarias a las máximas de experiencia más elementales”*.

8 La D^a L en su declaración judicial ante esta Sala manifestó que no podía administrarse una dosis mayor de sedación, sino que ésta debe hacer efecto y, en su caso, administrar otra dosis pasado cierto tiempo, también señala que con la contención se causan menos daños que los que se evitan. No sabe cuando se produjo la fractura de la rodilla de la paciente, porque fue advertida horas más tarde, en el Servicio de Psiquiatría y ha quedado probado en el procedimiento penal que no se la rompieron los guardias de seguridad, siendo que la única referencia a una patada de uno de los guardias es la que realiza la madre de la enferma quien declara que no vieron a ninguno de los vigilantes dar una patada y que las explicaciones las pidieron las enfermeras cuando vieron a su hija con la pierna rota en la habitación, que su hija fue la que les dijo que el vigilante que le dio la patada. Por otra parte, en el informe del Servicio de traumatología en la fractura de la meseta tibial puede causarse por una precipitación desde altura, que la pierna en su estado de agitación le quedase trabada y al realizar movimiento brusco sufriera un giro inesperado y pudiera partir y también que en la reducción dada la agitación hubiera podido sufrir a modo de palanca o movimiento la extremidad que le provocase la fractura y no hay forma de demostrar cuál es la causa de la fractura.

9 Paciente de veinticinco años con una esquizofrenia, con controles médicos periódicos y con una vida que transcurría con normalidad, hasta que se produjo un corte en el cuello cuando se afeitaba con una navaja. Fue intervenido en el hospital de Ourense, y después de unos días en la UCI fue trasladado a planta de ese centro, donde en un principio permaneció sujeto con amarras que solo eran soltadas cuando recibía visitas de familiares. El enfermo se arrojó al vacío tres días después de que la psiquiatra diera la orden médica de retirarle la sujeción al encontrarlo animado y arrepentido. Se reclama por no valorar la preexistencia de un cuadro de esquizofrenia.

En algunos casos sí se recoge alguna mención a la proporcionalidad, aunque sea incidentalmente. Así, puede mencionarse la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Sevilla (PO 159/08), en la que aplica la doctrina de la previsibilidad del suicidio atendiendo a los síntomas del paciente, y considera justificado que no estuviera ingresado en una unidad psiquiátrica: *“Debe hacerse hincapié en que no nos hallamos en una Unidad Psiquiátrica, sino en una unidad de Cardiología, debiendo atenderse a la patología que presentaba el paciente y la finalidad terapéutica, colocación de un marcapaso, siendo el episodio de agitación o el cuadro agudo, algo imprevisto, ni siquiera la familia había informado de los antecedentes relacionados con la ideación suicida, hasta después de ocurrido el hecho, ni se contaba en aquéllos precisos momentos con ningún dato que hiciera pensar en el fatal desenlace. El suceso fue imprevisible y las medidas adoptadas en relación al paciente fueron proporcionadas y adecuadas a la situación que presentaba”*.

También, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, secc. 10.^a, de 4 de mayo de 2012 (núm. 360/2012, rec. 265/2010), que vuelve a analizar la actuación del personal médico atendiendo a la patología del enfermo, y sus antecedentes clínicos: *“No puede concluirse que las medidas de contención mecánica y de aislamiento de D.^a Sonia adoptadas en el Hospital Dr. RL fueran desproporcionadas ni que hubieran indebidamente adoptadas. Por el contrario, los antecedentes psiquiátricos de la paciente y los datos obrantes en el expediente administrativo justifican la adopción de aquellas, incumbiendo a la parte recurrente acreditar lo contrario”*.

Esta Sentencia contiene una mínima referencia a la limitación de derechos que supone la adopción de estas medidas de contención, y aclara que *“Se trata, en suma, de un internamiento psiquiátrico involuntario, por orden facultativa urgente y ratificado judicialmente. No cabiendo hablar de detención ilegal, ni de impedimento de ejercicio de derechos cívicos de una persona sobre la que se actúa para dispensarla el tratamiento médico adecuado a su patología psiquiátrica y en evitación, en la medida de lo posible, de que continúe con sus intentos auto líticos frecuentes”*.

Es interesante la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de junio de 2010 (rec. 549/2008), en la que se analiza una re-

clamación por supuesta insuficiencia de las medidas adoptadas, e incluso a la ausencia de empleo de la camisa de fuerza, como principales para acreditar la mala praxis en el tratamiento del enfermo psiquiátrico.

La sentencia recoge las conclusiones de las periciales aportadas, destacando que se trata de medidas de urgencia excepcional realizada en momentos de crisis, que debe ser lo más corta posible, dados los riesgos físicos, incluida la muerte y emocionales. Y llega a la conclusión de que *“el paciente tuvo un tratamiento adecuado a la patología que presentaba. Patología en la que ya desde el principio y de forma continua evidenciaba el riesgo de suicidio. El psiquiatra en todo momento tuvo presente la posibilidad de que el paciente intentara suicidarse, como de hecho lo hizo alguna vez, y aquilató el grado de sujeción mecánica a sus valoraciones clínicas. Esta valoración no estaba exenta de riesgo, como de hecho llegó a producirse, pero el riesgo debía asumirse a lo largo del tratamiento, que se prolongaba durante más de quince días, y el hecho de que hubiera otros tratamientos alternativos es indiferente porque en todo caso, siempre se asumía el riesgo de que el fatal desenlace se produjera y sin que pueda sostenerse que lo adecuado era mantener al enfermo totalmente inmovilizado y desnudo aislado en una habitación desde el 12 de marzo hasta no se sabe en qué momento en que pudiera asegurarse la desaparición de las ideas autolíticas”*.

Finalmente, si encontramos una resolución judicial, concretamente, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón núm. 8 de fecha 4 de mayo de 2012 (Recurso núm. 274/2012), en la que se analiza la adopción de las medidas de contención como una limitación de derechos y libertades del enfermo mental, acudiendo al principio de proporcionalidad. El Juzgado estudia una solicitud de autorización de una unidad de psiquiatría de un hospital para someter a un paciente a tratamiento ambulatorio obligatorio. En concreto, se plantea si es posible, de acuerdo con nuestro ordenamiento, una medida de este tipo tiene suficiente cobertura legal.

En este sentido, el Auto es interesante desde el punto de vista que recoge un resumen de las normas jurídicas aplicables a enfermos mentales y, de acuerdo con las mismas, concluye que las personas que sufren una enfermedad mental deben gozar de los mismos derechos y libertades básicas que los otros ciudadanos, sin discriminación por razones de enfermedad mental.

Añade que el paciente tiene derecho a ser tratado en el ambiente y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible, que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física y psíquica de terceros, y por regla general no debe llevarse a cabo ningún tratamiento contra la voluntad del paciente o independientemente de ella.

El tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) debe por tanto obedecer a los principios siguientes: a) necesidad para el fin que se persigue con él, b) proporcionalidad entre la limitación de la libertad del enfermo y la situación en que este se encuentre, c) respeto al contenido esencial del derecho a la vida, integridad, dignidad y libre determinación de la persona, d) excepcionalidad y e) temporalidad. Debiéndose ver el mismo, no como una limitación de la libertad del enfermo, sino mas bien como una medida de apoyo necesaria para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica”

Por todo ello, concluye que si nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil permite, siempre y cuando se adopte con las debidas garantías, que se autorice el internamiento forzoso de un enfermo mental en un centro psiquiátrico, obviamente para ser sometido a tratamiento médico farmacológico forzoso, incluso adoptando medidas de contención; con la única finalidad de evitar un empeoramiento en la salud he dicho enfermo, y si es posible su mejora. Es evidente, que con esas mismas garantías y esa misma finalidad, se podrá autorizar un tratamiento ambulatorio involuntario, que es menos coercitivo e limitador de la libertad del paciente. Garantizando con ello: 1.- se produzcan en relación a la misma persona, esos innumerables internamientos, llamados de puerta giratoria, 2.- se evite el estigma que supone para ese paciente, esos continuos internamiento en unidades psiquiátricas, 3.- se permita al paciente llevar una vida, personal, familia, social y laboral, similar al resto de personas; 4.- se frene el deterioro de la salud, que suele conllevar la renuncia al tratamiento, de forma injustificada, por no tener conciencia real de enfermedad.

Concluye el Auto que, siendo evidente que este TAI conlleva una limitación de derechos y libertades del enfermo mental, es necesario que dicha medida se adopte con un respeto máximo y absoluto de su derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, no se puede adoptarse sin una decisión judicial, sin respetar el derecho de audiencia y defensa del paciente, sin que intervenga el Ministerio Fiscal como figura ga-

rantista de la legalidad y defensa de los derechos de estas personas y sin que se acredite suficiente que no existen otras vías o soluciones mejores que puedan evitar el internamiento forzoso.

3.2 Adopción de medidas de contención en el ámbito sociosanitario

El número de resoluciones judiciales por responsabilidad derivada de la adopción de medidas de contención en el ámbito sociosanitario es inferior, ya que se trata de un conflicto que se ha judicializado en fechas muy recientes. Aun así, se encuentran ya algunas decisiones que abordan la legalidad de tales medidas.

Entre ellas, podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Secc. 1.^a), de 30 de junio de 2006 (núm. 1159/2006, rec. 79/2006), en la que se analiza el caso de un paciente que fallece tras un traumatismo craneoencefálico al caerse de la cama de una residencia en la que había ingresado para rehabilitación tras una intervención. La sentencia absuelve al profesional acusado de un delito de lesiones por imprudencia.

Al paciente, con un trastorno neurológico grave, se le adoptaron desde su ingreso unas medidas de contención conocidas como sistema de sábanas —barras laterales y una sábana anudada al cuerpo—, encaminadas a asegurar la sujeción del paciente a la cama, sin causarle excesiva opresión en el vientre que le impidiera cualquier movimiento, pero que eliminase el riesgo de caídas del enfermo de la cama al suelo.

También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Secc. 1.^a), de 16 de abril de 2010 (rec. 809 /2008) señala que *“El ingresó a D^a Berta era meramente de alojamiento, no médico, que en el supuesto en cuestión se habían aportado los informes médicos que la familia había creído oportuno para determinar el tipo de cuidados en su convivencia con los restantes internos que debía tener; en el que se habían cumplido con rigurosidad las normas reglamentariamente establecidas, y sin que se haya acreditado negligencia ni comportamiento omisivo de clase alguna que hubiera determinado la caída de la residente. En este sentido, la inexistencia de una portilla en la mencionada escalera, que fue utilizado como argumento a favor de la responsabilidad de la entidad demandada, ni era exigencia reglamentaria, ni puede afirmarse que hubiera evitado el accidente, atendiendo las concretas circunstancias que concurrían en D^a Berta, como ha quedado expuesto”*.

4. CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad constituye la herramienta jurídica principal a los efectos de valorar la constitucionalidad de las medidas de contención en cuanto medidas limitadoras de la libertad personal que se consagra en el artículo 17 de la Constitución. El recurso a dicho principio es harto habitual por parte de nuestro Tribunal Constitucional, existiendo ya un cuerpo doctrinal muy completo tanto con carácter general como, específicamente, en relación a las medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario.

Sin embargo, un análisis de las más recientes resoluciones dictadas por los Tribunales ordinarios, tanto Tribunal Supremo como órganos judiciales inferiores, en el enjuiciamiento, principalmente, de los casos de responsabilidad por la falta de adopción de tales medidas nos permite comprobar como el uso de dicho principio es prácticamente inexistente. Con algunas contadas excepciones en las que los Tribunales hacen alguna mención a la proporcionalidad de la medida, parece ser práctica común valorar la legalidad de las mismas sin recurrir al citado principio. En este tipo de sentencias no se analiza la adopción de las medidas desde el punto de vista de la limitación de derechos y libertades del enfermo. Los Tribunales analizan la indicación de las medidas desde el prisma de la *lex artis* clínica, valorando la situación clínica del paciente, pero sin atender al principio de proporcionalidad. Además, hacen recaer habitualmente la carga de la prueba en la Administración.

Cierto es que en muchas de dichas decisiones judiciales lo que es objeto de enjuiciamiento no es directamente la medida en sí, ya que se trata de conflictos que surgen, no al amparo de la adopción de la medida, sino al amparo de los daños derivados de su adopción o no. Sin embargo, ello no es óbice para que por el Tribunal en dichos casos no se recurra al principio de proporcionalidad, ya que la antijuridicidad o no del daño y, por tanto, la estimación o desestimación de la petición de indemnización pasa necesariamente por determinar si la adopción de la medida o su falta venía exigida en el caso concreto y, para ello, el recurso al principio de proporcionalidad resulta a todas luces ineludible.

El debate que hemos planteado no responde a un mero problema de técnica jurídica, sino que, como hemos apuntado antes, provoca una alteración sustancial de la valoración judicial de las medidas de contención, de manera que la carga de prueba siem-

pre parece recaer en la Administración, tanto cuando pretenda adoptar dicha medida como cuando pretenda justificar su no adopción, como ocurre en los casos de responsabilidad patrimonial. Y ello no parece conforme con el principio *pro libertate* que exige que es precisamente quien reclama la adopción de la medida, ya sea la Administración, ya sea el reclamante de los daños derivados de su falta de adopción, quienes deben acreditar la legalidad de su adopción. Hacer recaer siempre en la Administración la carga de la prueba constituye una infracción del principio *pro libertate*.

En definitiva, sería conveniente que por los Tribunales ordinarios se acudiera con más frecuencia a dicho principio, sobre todo, en aras de crear una doctrina homogénea sobre la materia tanto aplicable a los casos en los que se enjuician directamente tales medidas como aquellos otros en los que el enjuiciamiento ha de hacerse en el marco de la acción de responsabilidad por daños.

CONFIGURACIÓN JURIDICA Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CIRUGÍA ESTÉTICA: INFORMACIÓN RESPONSABILIDAD Y PUBLICIDAD

Jimena Beatriz Manjón Rodríguez

*Jefe de Servicio de la Unidad Jurídica de la Gerencia de Atención Primaria.
Servicio Cántabro de Salud*

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. CIRUGÍA ESTÉTICA: CONTEXTO SOCIO-LÓGICO
3. CONTORNOS CONCEPTUALES
4. EL DEBER CUALIFICADO DE INFORMACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA
5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO ESTÉTICO: DE LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO PURA A LA OBLIGACIÓN DE RESULTADA CONDICIONADA.
6. PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS DE CIRUGÍA ESTÉTICA
7. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Es tradicional la distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva. Si bien es cierto que existen determinadas intervenciones médicas o quirúrgicas que comparten una naturaleza híbrida, a caballo entre medicina curativa y satisfactiva, no cabe duda de que tal clasificación no resulta meramente académica sino que es especialmente relevante en orden a la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad civil de la actuación del profesional sanitario ante un eventual resultado insatisfactorio. Como ejemplo paradigmático de la denominada medicina satisfactiva suele invocarse el de las intervenciones de cirugía estética cuyo resultado opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, siendo la consecución del mismo el principal criterio normativo de la intervención.

En este contexto sociojurídico, la presente comunicación tiene por objeto reflexionar sobre algunas de las cuestiones sociológicas y jurídicas relacionados con el creciente fenómeno de la cirugía estética en la sociedad actual, así como realizar un análisis de la evolución jurisprudencial sobre la materia en orden a su calificación como obligación de resultado, en la medida en que se han producido oscilaciones en la consideración judicial del alcance de la responsabilidad del prestador de servicios de cirugía estética. Asimismo, se abordan cuestiones decisivas en el tratamiento de cirugía estética como la especialidad intensidad del deber de información previa, el régimen normativo de la publicidad de tal clase de servicios y la especial protección a otorgar en el caso de menores de edad.

PALABRAS CLAVE

Medicina curativa, medicina satisfactiva, cirugía estética, obligación de resultado

1. PLANTEAMIENTO

Es tradicional la distinción entre *medicina curativa* - entendida como aquella que tiene como objeto la sanación del paciente- y *medicina satisfactiva* - que es aquella a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo-. Si bien es cierto que existen determinadas intervenciones médicas o quirúrgicas que comparten una naturaleza híbrida, a caballo entre medicina curativa y satisfactiva como ocurre en los tratamientos de reproducción asistida, no cabe duda de que tal clasificación no resulta meramente académica sino que es especialmente relevante en orden a la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad civil de la actuación del profesional sanitario ante un eventual resultado insatisfactorio como se verá mas adelante.

En este sentido, usualmente se afirma que en la medicina curativa, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, configurándose así como una obligación de medios, esto es, la obligación del prestador del servicio no es la sanación sino la puesta de los medios necesarios para obtener dicho resultado conforme la “*lex artis ad hoc*”. En estos casos de medicina curativa, se ha considerado que la relación contractual que liga a prestador y paciente tiene naturaleza de *arrendamiento de servicios* que no obliga a un resultado concreto. En efecto, jurisprudencialmente, esta obligación de medios se aplica no sólo para el tratamiento sino también para el diagnóstico, de modo que el error de diagnóstico no genera necesariamente responsabilidad si no se regatearon los medios ordinarios y no es evidente a la vista de los síntomas (negligencia grave)

Por el contrario, en la medicina satisfactiva la voluntad de conseguir un beneficio estético acentúa la obligación del facultativo de obtener un cierto resultado. Es por ello que la calificación jurídica habitual de la medicina satisfactiva es la de *arrendamiento de obra*.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que existen determinados supuestos que presentan una naturaleza híbrida, y que el Tribunal Supremo ha venido calificando como supuestos de medicina satisfactiva en tanto que no persigan una finalidad curativa.

En este sentido, el Tribunal Supremo español ha ido progresivamente extendiendo el abanico de supuestos calificables de medicina satisfactiva y así desde los años noventa ha incluido los siguientes supuestos: medicina estética (STS 28-6-97); medicina no reproductiva: tanto vasectomía (STS 25-4-94) como ligadura de trompas y colocación de DIU (STS 24-9-99); oftalmología: reducción de dioptrías (STS 28-6-99) y odontología (STS 28-6-99).

Como acaba de resaltarse, ninguno de estos supuestos son absolutamente puros dado que cuando la motivación no es meramente satisfactiva sino que está vinculada a necesidades vitales físicas constituirían supuestos de medicina curativa.

2. CIRUGÍA ESTÉTICA: CONTEXTO SOCIOLOGICO

Como ejemplo paradigmático de la denominada medicina satisfactiva suele invocarse el de las intervenciones de cirugía estética, cuya finalidad es el embellecimiento o perfeccionamiento físico de la persona, resultando innecesaria desde el punto de vista terapéutico o para la recuperación o mejora de la salud. Precisamente, dado que se persigue un beneficio que no es la curación, se ha señalado que en este campo no debería hablarse tanto de pacientes como de clientes.

A su vez, cabe señalar la cirugía estética es uno de los campos de acción de la *especialidad de “cirugía plástica reparadora y estética”*, junto con la denominada cirugía reparadora o reconstructiva, que persigue una finalidad terapéutica conectada con frecuencia a una preocupación estética, si bien esta última queda absorbida por aquella finalidad.

Por otro lado, tanto la cirugía estética como su variante. la medicina estética -que también persigue la mejora estética pero, en este caso, sin intervención quirúrgica- constituyen un sector cuyo avance parece imparable en todo el mundo, en consonancia con los cambios sociales que se han operado sobre la imagen social del cuerpo en la cultura contemporánea y que han convertido estas operaciones en uno de los campos médicos de mayor desarrollo en los últimos años, pero también uno de los más conflictivos.

En este contexto, cabe reflexionar sobre algunas de las cuestiones sociológicas y jurídicas relacionados con el creciente fenómeno de la cirugía estética en la sociedad actual. En este sentido, la cirugía es-

tética fue, en sus orígenes, ante todo reparadora, si bien, con la reparación, se mejorase la estética. Su gran desarrollo se produjo tras la Segunda Guerra Mundial debido, fundamentalmente, a los problemas que causaron las secuelas de la utilización de armas de todo tipo, que produjeron, obviamente, innumerables lesiones, traumatismos y mutilaciones, si bien actualmente, no cabe duda de su creciente finalidad satisfactoria. En efecto, hoy en día el culto por la imagen ha desbordado el campo de la medicina para adentrarse en terrenos cuanto menos peligrosos.

En efecto, si bien la apariencia del ser humano ante sus semejantes ha sido una de las preocupaciones prioritarias desde las antiguas civilizaciones, lo cierto es que hoy en día el culto por la imagen y la belleza constituye uno de los fenómenos más importantes de nuestro tiempo, suele asociarse al éxito profesional y social, y ha dado lugar a una próspera industria, basada en el imperativo categórico de la delgadez, el reinado de lo *light* y la apología del ejercicio físico. Por otro lado, la cirugía estética presenta actualmente las siguientes características fundamentales:

a) En primer lugar estamos ante una *cirugía democrática*. En efecto, en los últimos tiempos asistimos a un “*proceso de democratización*” de la cirugía estética, que ha abandonado su carácter elitista para ser demandada, no únicamente por modelos o actrices, sino todo tipo de población en general.

b) Asimismo cabe resaltar su *carácter cultural*, existiendo diferentes preferencias entre países en atención a las respectivas culturas. En este sentido, según la Sociedad Internacional de Cirugía Plástica Estética, estadísticamente existen diferentes preferencias de operaciones de cirugía estética atendiendo al país, lo que confirma el carácter cultural de este tipo de operación. Así la operación mayoritaria varía (España: implante de mamas; Estados Unidos: inyecciones de *botox*; Argentina: *lifting* facial; Brasil: liposucción; Ecuador: cirugía de nariz; Japón: cirugía de párpados -consecuencia del deseo de occidentalización -; República Dominicana: reducción de mamas).

Asimismo, según dicha organización Estados Unidos (con unas 13,8 millones de intervenciones estéticas en 2011), sigue siendo el país que más se recurre al cirujano. Le siguen en la lista países como México, Brasil, Canadá y Argenti-

na. Finalmente cabe reseñar que España ocupa actualmente el decimoquinto lugar en esta lista

En España durante el año 2011, se realizaron 105.000 intervenciones de cirugía estética, lo que sitúa a nuestro país como el decimoquinto del mundo con más operaciones de este tipo a nivel mundial, según los datos de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE). Las mujeres se operan mucho más que los hombres: nueve de cada diez personas operadas de cirugía estética en 2009 fueron mujeres. El colectivo femenino se decanta, principalmente, por el aumento de pecho y la liposucción mientras que en el caso de los hombres, lo hacen por la cirugía facial (párpados, nariz y orejas). La distribución de las intervenciones según la edad muestra que, el 43% de estas se realizaron a pacientes de entre 30 y 44 años, el 35% a aquellos con más de 45 y el 22% restante a los menores de 30.

El volumen económico de estas intervenciones está en torno a los 106 millones de euros anuales, teniendo en cuenta sólo los gastos hospitalarios, sin contar honorarios profesionales. Del estudio se extrae que el coste hospitalario medio más elevado lo ostentan las intervenciones de cirugía corporal seguidas de la cirugía de mama, la liposucción y la cirugía facial, que en la gran mayoría de las ocasiones no necesita hospitalización.

c) En tercer lugar se trata de una cirugía *predominantemente femenina*. En este sentido resulta revelador el hecho de que 9 de cada 10 personas operadas de cirugía estética en 2011 fueron mujeres.

d) Igualmente se trata de una cirugía *predominantemente adulta*. Así, en 2011 la distribución de las intervenciones según la edad muestra que el 43% de las intervenciones fueron realizadas por pacientes de entre 30-44 años, el 35% se realizaron por pacientes de más de 45 y el 22% restante fueron realizadas a pacientes menores de 30.

No obstante, se observa cada vez más un mayor porcentaje de menores, cuya creciente demanda ha dado lugar a una interesante iniciativa normativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con la aprobación del Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética. Dicha

normativa tiene por finalidad; asegurar que el menor de edad que pretende someterse a cirugía estética, dispone de suficiente madurez mental para su correcta valoración, garantizar que la información que recibe es completa, objetiva y adaptada a sus necesidades y desarrollo madurativo y que la relación entre el riesgo y el beneficio es razonable. Para la consecución de estos objetivos, crea un *Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética a personas menores de edad*, que derivará en un informe anual donde se detallen los datos generales de la actividad y los indicadores de calidad por cada tipo de intervención y centro sanitario autorizado para la realización de cirugía estética en menores de edad en Andalucía.

Otra de las obligaciones complementarias a la Ley básica 41/2002, es la relativa a la práctica de un *examen psicológico previo* a los únicos y exclusivos efectos de determinar la madurez psicológica del menor para la realización de la intervención de cirugía estética. El profesional de la psicología que realice dicho informe no podrá tener ningún tipo de vinculación con el centro, ni con el facultativo responsable de la intervención quirúrgica. Dicho informe será valorado por el facultativo responsable, que determinará la pertinencia de la intervención y la idoneidad de la persona menor de edad con relación a la práctica de la intervención de cirugía estética. Todo ello, siempre bajo el cumplimiento de las obligaciones en materia de información asistencial previa y otorgamiento del consentimiento informado, que, respecto de la información asistencial previa, el Decreto, añade la siguiente información (artículo 4.2):

- a) Los riesgos de la intervención de cirugía estética relacionados específicamente con sus circunstancias personales como sexo o edad. Específicamente, en el caso de personas menores de edad que ya hayan cumplido doce años, la persona facultativa deberá explicar a la persona menor de edad la posible incidencia de la intervención de cirugía estética en la etapa de crecimiento y desarrollo en que se encuentre.
- b) La posibilidad de reintervenciones en el futuro y su probabilidad de acuerdo con las características del paciente.

En consonancia con lo regulado en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, sobre el consentimiento por representación, éste se permite sin representación de los padres o tutores, a los menores con dieciséis años cumplidos en adelante o emancipados, a excepción

de intervenciones de grave riesgo en que la opinión de los padres o tutores será tomada en cuenta para la toma de decisión correspondiente. Si el menor tiene una edad inferior a los dieciséis años, el consentimiento informado deberá ser otorgado por el padre, madre o tutor, debiendo ser oída la opinión del menor mayor de doce años.

3. CONTORNOS CONCEPTUALES

En primer lugar, es necesario definir una serie de características que diferencian a la cirugía estética de cualquier otra especialidad médica. La cirugía estética, consiste en la práctica de intervenciones quirúrgicas, como de la propia palabra “cirugía” se deduce, y que, por lo tanto, deben realizarse bajo una serie de previsiones técnico-sanitarias dispuestas en la ley. Por otra parte, tiene un carácter voluntario, es decir, es innecesaria desde el punto de vista terapéutico o para la recuperación o mejora de nuestra salud.

Dada la aparente similitud con otro tipo de prácticas que también tienen una finalidad únicamente estética, aunque no requieren intervención quirúrgica, pero que por la denominación que en algunas ocasiones se le otorga, puede llevar al usuario a confusión, cabe delimitar las características de la denominada “medicina estética”, consistente en la práctica de técnicas con una finalidad únicamente estética, pero que no requieren cirugía mayor, sino que aplican, en su caso, anestesia tópica o local en régimen de ambulatorio, como por ejemplo el *botox* sin duda en gran auge, y por tanto, su práctica sólo está autorizada a un facultativo, y su reconocimiento legal se encuentra en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Por otra parte, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, prohíbe expresamente incluir en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos que tengan como finalidad la mejora estética o cosmética (artículo 5.4.4). Igualmente, el Anexo considera excluidos de la atención bucodental básica los tratamientos con finalidad exclusivamente estética, y en general se excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, en cuyo caso resultarían supuestos de medicina curativa.

Dado su carácter satisfactivo, la Seguridad Social no tiene que asumir los costes derivados del proceso de recuperación de una cirugía puramente estética, según una sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, de 1 de abril de 2010. El Tribunal autonómico ha revocado la resolución del Juzgado de lo Social 8 de Barcelona que condenó a Mutua Madrileña a abonar una prestación de Incapacidad Temporal a una trabajadora, al entender que la baja médica inicial derivada de una mamoplastia —operación de aumento de pecho— se agravó posteriormente con una infección respiratoria y un cuadro de ansiedad. La Sala de lo Social consideró como probado que la trabajadora no padeció ninguna complicación tras la intervención de estética, ni sufrió ninguna posterior agravación o patología secundaria derivada de la misma que hiciese necesaria la asistencia sanitaria pública y, que, a su vez, originase una situación de Incapacidad Temporal para el trabajo. Para el ponente, en este supuesto lo que se produjo fue “tan sólo la simple y pura convalecencia posterior que una operación de esta naturaleza requiere”. La sentencia explica que “la convalecencia posterior a la intervención de cirugía estética puede justificar la baja médica, en la medida en que la trabajadora se encuentra imposibilitada de reincorporarse a su puesto de trabajo hasta que no transcurran unos días desde la operación”. No obstante, la cuestión analizada por el TSJ de Cataluña no resulta pacífica. Así, en una sentencia de diciembre de 2007 el TSJ del País Vasco se pronunció en sentido contrario, mientras que el TSJ de Valencia lo hizo, en mayo de 2005, a favor de la tesis ahora por el Tribunal catalán. En consecuencia, deberá ser el Supremo el que se pronuncie para unificar doctrina.

4. EL DEBER CUALIFICADO DE INFORMACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA

La ausencia de carácter curativo en la práctica de cirugía estética, los Tribunales de Justicia han sentenciado que la información previa asistencial que deben otorgar los cirujanos al efecto de que el paciente decida, de forma consciente e informada, si desea someterse a dicha intervención, debe ser, si cabe, mucho más completa y exhaustiva respecto de la información que se otorgaría ante una intervención quirúrgica con carácter curativo. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su Sentencia de 4 de octubre de 2006, en el que otorga un papel clave a la información en el ámbito de la cirugía estética, principalmente en cuanto a los riesgos que la misma conlleva:

“Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de enero de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente”.

Por tanto, la razón fundamental de esta exigencia de información exhaustiva en el ámbito de la cirugía estética, reside en la ausencia de su carácter curativo en contraposición a los riesgos que el paciente debe asumir si decide someterse a la misma sobre su cuerpo sano. Es decir, dicha intervención no mejorará su salud, pero si puede perjudicarla en caso de que se materialicen los riesgos inherentes a toda intervención quirúrgica en general (como por ejemplo los derivados de la aplicación de anestesia) y a la intervención quirúrgica determinada sobre una parte concreta del cuerpo. Esta información asistencial previa, así como el consentimiento informado que, en su caso, se otorgue, vienen regulados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de cuyo régimen, debe destacarse en relación con el contenido específico de la información que si bien la información se proporcionará, por regla general, verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, el consentimiento se prestará por escrito como para todas las intervenciones quirúrgicas.

A pesar del contenido que especifica la ley, en cuanto a la información previa que debe proporcionar el médico al paciente, como ya se explicaba anteriormente, el Tribunal Supremo perfila esta obligación en los supuestos específicos de cirugía estética, en que la información previa debe ser más exhaustiva y comprender no sólo los riesgos típicos más frecuentes, sino también los menos frecuentes inherentes a la intervención. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su Sentencia de 22 de junio de 2004:

“...como el porcentaje de posibilidades de la necrosis era muy bajo, la falta de información sobre ese riesgo era intrascendente, conclusión inaceptable porque supone tanto como exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y, al propio tiempo, eximirle de su deber de informar a la paciente de ese mismo riesgo típico por darse en muy pocos casos. El razonamiento correcto, en suma, es precisamente el contrario, porque si la intervención quirúrgica no era estrictamente necesaria, el deber del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba una especial intensidad.”

5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO ESTÉTICO: DE LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO PURA A LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO CONDICIONADA

En este contexto, debe señalarse que, tanto la cirugía estética como su variable la medicina estética (que también persigue una mejora estética pero sin intervención quirúrgica), constituyen un sector cuyo avance parece imparable en todo el mundo, en consonancia con la aparición de nuevas técnicas quirúrgicas. En este sentido, cabría preguntarse qué sería de muchos artistas del mundo del espectáculo si no fuera por la cirugía estética a la que muchos de ellos han recurrido para mejorar su apariencia física o consolidarse en el mundo del espectáculo con resultados ciertamente dispares. En efecto, en ocasiones el resultado puede resultar ciertamente satisfactorio. Sin embargo, en otras el resultado no resulta tan positivo, bien por no alcanzarse el resultado pretendido o porque incluso se empeora el anterior.

En definitiva, puede afirmarse que estamos ante uno de los campos médicos de mayor desarrollo en los últimos años, pero también ante uno de los más conflictivos, debido a los riesgos tanto físicos (derivados de complicaciones para la salud) como morales (relativos a la insatisfacción por el resultado), que se derivan de estas intervenciones. Por este motivo resulta preciso esclarecer el régimen jurídico de la responsabilidad civil que asume el médico ante eventuales demandas por negligencia médica.

Tradicionalmente suele afirmarse que la medicina curativa se configura como una obligación de medios, de tal forma que la obligación del prestador

del servicio no consiste en la sanción sino la puesta de los medios necesarios para obtener dicho resultado conforme la “*lex artis ad hoc*”. En estos casos, se ha considerado que la relación contractual que liga a prestador y paciente tiene naturaleza de arrendamiento de servicios que no obliga a un resultado concreto. Por el contrario, en el ámbito de la medicina satisfactiva la voluntad de conseguir un beneficio estético acentúa la obligación del facultativo de obtener un cierto resultado, razón por la cual su calificación jurídica habitual se asemeja a la del contrato de arrendamiento de obra.

Partiendo de esta distinción, cabe preguntarse como se configura la responsabilidad civil del profesional sanitario en las intervenciones de cirugía estética. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado una evolución en sus criterios pudiendo diferenciarse claramente dos grandes etapas:

a) *Obligación de resultado*: En una primera etapa el Tribunal Supremo entendía que en estas intervenciones la responsabilidad del médico se asemeja una obligación de resultado, partiendo de la base de que se acude al profesional para mejorar el aspecto físico y no curar alguna dolencia. Además de lo contrario, sería difícil que una persona sana se pusiera en manos de 1 cirujano. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003*, en una intervención realizada para resituar los senos, señaló que: “*el caso presente encaja en lo que se denomina medicina voluntaria ya que la actora acudió al médico para una mejora del aspecto físico y estético (...) es obvio que el cliente-paciente no acudiría al facultativo sino en la seguridad posible de obtener la finalidad buscada de mejoría estética.*”

b) *Obligación de medios “acentuada”*: A finales de 2005 el Tribunal Supremo experimenta un cambio de criterio entendiendo que la obligación asumida por el médico debe entenderse como de medios acentuada por su propia naturaleza de acto médico, lo que a su vez, estaría en consonancia con la concepción de la salud no exclusivamente como ausencia de enfermedad sino como un estado de bienestar en sus aspectos físico psíquico y social en los términos de la propia Organización Nacional de la Salud que igualmente recuerda que toda obsesión, en cuanto que representa un desequilibrio, atenta contra la salud. En esta línea, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009* señaló lo

siguiente:

“(...) 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 (...)”.

El carácter acentuado de obligación de medios que asume el médico en estas intervenciones viene modulado por las dos circunstancias.

Por un lado, en la cirugía estética existe una exigencia de información mayor y más exhaustiva que la requerida en una intervención quirúrgica curativa (regulada en la Ley 41/2002, de LAP), precisamente por la ausencia de carácter curativo. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2003* señala lo siguiente:

“Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y (...) prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma(...)”.

Por otro lado, el médico solo responde del resultado pretendido si este se acordó expresamente o se garantizó al paciente, en cuyo caso se configuraría como una obligación de resultado. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo STS de 27 de septiembre de 2010*, relativa a una actuación médica en una abdominoplastia que derivó en deformidades del paciente, señala que: *“no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica la distinción entre obligación de medios y de resultado salvo que el resultado se pacte o se garantice”.*

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos que permiten concluir la existencia de pacto sobre el resultado, partiendo de la base de que no siempre existirá una cláusula contractual que así lo establezca?

En este ámbito, hay que destacar el importante papel de la publicidad como elemento integrador de las obligaciones del médico, ya que es relativamente frecuente hallar una publicidad engañosa en este ámbito. La publicidad de los centros de cirugía estética cobra especial relevancia, no pudiendo inducir a error en el destinatario sobre los verdaderos resultados que

puede obtener por tratarse de una actividad quirúrgica que como tal tiene un margen inevitable de imprevisibilidad que impide el aseguramiento total del resultado. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo 4 de octubre de 2006* señala lo siguiente:

“(...) los hechos de la sentencia refieren la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria capaz de inducir a error al consumidor (...) de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible (...). Ello (...) viene a garantizar el resultado comprometido, (...) para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios (...)”.

Para finalizar, cabría añadir que incluso en el supuesto de que el documento de consentimiento informado insistiese en que no se garantiza resultado alguno debe entenderse que a ello se superpone la garantía de resultado ofrecida en la publicidad del servicio, como ha señalado una reciente *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de marzo de 2012* donde se afirma que:

“La parte recurrente(...) pretende convertir el deber de información que le asiste en el marco del consentimiento informado (...), en una especie de “patente de corso” como salvaguarda última de cualquier responsabilidad que por mala praxis pudiera exigírsele (...) El resultado defectuoso obtenido (...) adquiere aún mayor relevancia en atención a la actividad médica satisfactiva en que se incardina la intervención efectuada, que ni siquiera ha logrado, al menos, una mínima mejora corporal estética (...)”.

6. PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS DE CIRUGÍA ESTÉTICA

La publicidad de los servicios sanitarios está sujeta a un régimen jurídico específico mediante el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, cuyo artículo 7.1 dispone los principios a los que ha de ajustarse dicha publicidad, establece el deber de que toda información, publicidad o promoción comercial deberá ajustarse a criterios de transparencia, exactitud y veracidad y evitará cualquier sesgo que pueda causar perjuicio a la salud o seguridad de las personas o a las legítimas expectativas de una información correcta y precisa en materia de salud y asistencia sanitaria.

Además de la obligatoriedad de que la publicidad de los centros sanitarios cumpla con estos principios, la misma ha de ser sometida a una autorización administrativa previa que será concedida por el órgano administrativo autonómico correspondiente, deberá hacerse constar dicho número de autorización en la publicidad.

La publicidad de los centros de cirugía estética cobra especial relevancia, no sólo sobre las obligaciones específicas que acabamos de ver, sino también en cuanto al contenido propio de la información que transmiten, ya que no puede inducir a error en el destinatario sobre los verdaderos resultados que puede obtener, ni prometer resultados, al tratarse de una actividad quirúrgica, cuyo resultado decisivo depende de un componente aleatorio como es la imprevisibilidad de las reacciones del cuerpo humano, que impiden el aseguramiento total de un determinado resultado ante una intervención quirúrgica estética.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto. La ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de octubre de 2006 señala:

“(...) los hechos de las sentencia refieren la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria capaz de inducir a error al consumidor o usuario, artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible (...). Y ello supone no solo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado lo prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética- STS de 21 de octubre de 2005-), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y la culpabilidad”

De otro lado, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, en su Sentencia de 3 de noviembre de

2004, pone en relación, la información que recibió la paciente a través de la publicidad del centro de cirugía estética sobre un determinado tratamiento, con la obligación legal y jurisprudencial de los facultativos, de proporcionar una información previa estricta, más aún en cuanto a todos los riesgos y las posibilidades de la obtención de un resultado determinado:

“(...) es más destacable en la publicidad tan llamativamente elaborada y ofrecida a los usuarios, que bien puede pensarse que en estos casos el consentimiento se vio parcialmente viciado. (...). Por ello, debe entenderse probado que la intervención se desarrolló de forma correcta y adecuada y que, sin embargo, no se cumplieron las expectativas de la paciente al ser éstas absolutamente irreales, de lo que la propia publicidad promovida por XXX es en buena parte responsable.”

Resta señalar que el antes mencionado Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía recoge en su artículo 8.2.c) el deber de “*respetar en su publicidad la base científica de sus actividades, proporcionando información objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados*”.

7. CONCLUSIONES

A la luz de lo anteriormente expuesto podemos extraer tres conclusiones básicas: Primera. La belleza inducida quirúrgicamente tiene necesariamente un coste económico y eventualmente un coste en términos de salud; Segunda. Por ello, se considera preciso acentuar las exigencias en materia de información y publicidad de este tipo de intervenciones; Tercera. Resultaría conveniente, establecer con carácter básico y a nivel estatal niveles de protección adicionales en relación con los menores como sujetos especialmente vulnerables a estas intervenciones.

Comunicaciones

III. ORGANIZACIÓN E INICIATIVAS

LEGISLATIVAS

EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO Y LA LEGITIMACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

J. M. González Sánchez

Gerencia de A. Integrada de Almansa (SESCAM)

C. Piqueras Ramos

Gerencia de Coordinación e Inspección (SESCAM)

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. MARCO GENERAL
- III. RECEPTIVIDAD, *ACCOUNTABILITY* Y LEGITIMIDAD
- IV. DÉFICIT DE TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
- V. RESPUESTA DEL PROYECTO DE LEY A LAS NECESIDADES DE TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD
- VI. CONCLUSIONES
- VII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La transparencia y la rendición de cuentas son elementos que contribuyen a la legitimación del Sistema Nacional de Salud frente a los ciudadanos, siendo ésta una garantía para su sostenibilidad. Este trabajo pretende, en primer lugar identificar las necesidades en materia de transparencia y accesibilidad a la información, para luego definir aquellos aspectos del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que contribuirán

a mejorar la transparencia en el gobierno de las instituciones del sistema sanitario público, su impacto en la legislación del sector y aquellas carencias observadas en el proyecto que merecen destacarse.

PALABRAS CLAVE

Transparencia, información, buen gobierno, legitimación, rendición de cuentas.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo, pero con especial intensidad en los últimos dos años, se vincula de manera fundamental la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud a sus parámetros económicos, a la mejora de su eficiencia y a la capacidad de nuestra sociedad de generar recursos económicos suficientes. Sin embargo, un elemento fundamental de sostenibilidad lo constituye la disposición de la población a mantener un sistema sanitario público, financiado mediante impuestos, y basado en los principios de solidaridad y equidad. Pero para ello es necesaria una legitimidad social, únicamente alcanzable si la población tiene la información suficiente para conocer las ventajas del sistema, se siente partícipe de la toma de decisiones y elige alternativas de manera consciente. En defini-

tiva, cuanto más transparencia exista, cuanto mejor y más directa sea la rendición de cuentas, más fácil será la identificación de la población con el SNS y su defensa.

En este estudio se pretende una primera aproximación a la definición de aquellos aspectos del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en trámite en el Congreso de los Diputados, que contribuirán a mejorar la transparencia en el gobierno de las instituciones del sistema sanitario público, su impacto en la legislación del sector sanitario público y aquellas carencias observadas en el propio proyecto que merecen destacarse.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. MARCO GENERAL

El resumen ejecutivo del Sistema de Integridad Nacional de España, elaborado por Transparencia Internacional¹ para el Proyecto ENIS (Evidence-Based Action Against Corruption: The European Integrity Systems Project), financiado por la Comisión Europea, y cuyo fin es evaluar las principales instituciones de gobernabilidad de los países de la Unión Europea, llega a las siguientes conclusiones sobre alguna de las instituciones españolas:

“El poder ejecutivo tiene un problema importante de transparencia, esencialmente por la inexistencia de una Ley de Acceso a la Información y por la cultura de opacidad tradicionalmente existente. Su principal punto fuerte, coherente con la sobre-protección institucional de la gobernabilidad, es la independencia (...)”

“En cuanto al sector público, la independencia es el punto fuerte, siguiendo la línea ya antes avanzada de la protección institucional de la gobernabilidad. Sobre todo, esta independencia hay que entenderla como imparcialidad; España tiene un modelo de burocracia weberiana en la Administración central desde principios de siglo XX, ello favorece una aplicación imparcial de las normas y una implementación no excesivamente sometida al clientelismo y el patronazgo (problemas que sí existen en la Administración local). Tam-

bién se puede decir que la normativa de contratos es, en términos generales, adecuada aunque en su aplicación práctica se ha podido, en ocasiones, abusar de ciertas posibilidades que abre la ley, como los contratos de adjudicación directa o los “reformados” de obras. Los principales puntos débiles tienen que ver con la opacidad (igual que para el ejecutivo, no existe Ley de Acceso a la Información y eso se nota) y la debilidad de los mecanismos de rendición de cuentas, sobre todo en la práctica. La ineficiencia, ineficacia, despilfarro y corruptelas no están suficientemente controladas, ni sancionadas. Es muy destacable la ausencia de preocupación por la educación de la ciudadanía frente al problema de la corrupción.”

“La sociedad civil en España es débil, por lo que su capacidad de controlar al gobierno y de influir en las políticas públicas es reducido. No obstante, normativamente tiene independencia y capacidad de obtener recursos, aunque en la práctica depende aún demasiado de los poderes públicos. Ha mejorado mucho en sus niveles de transparencia, rendición de cuentas e integridad.”

Como se puede comprobar, el informe refleja unas carencias importantes en cuanto a transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, pero sobre todo, sobre la capacidad de la sociedad de control. Siendo el Sistema Nacional de Salud una parte del sector público español, parece adecuado pensar que, al menos en lo esencial, sufrirá los mismos problemas. Efectivamente, entre las conclusiones de la Mesa SESPAS en las XXXII Jornadas de Economía de la Salud² se recoge la siguiente:

“Mejorar el gobierno sanitario supone así una contribución a superar la actual crisis, tanto la económica como la de legitimación social del sistema. Esta mejora ha de transitar por la mayor parte de las dimensiones recogidas en los *Worldwide Governance Indicators*: Participación y responsabilidad, Efectividad gubernativa, Calidad regulatoria, Imperio de la ley/Estado de derecho y Control de la corrupción. Sin una adecuada orientación en este sentido no parece verosímil el necesario avance en la mejora de la calidad y la transparencia de nuestro gobierno sanitario, de manera que pueda contribuir al aumento de la productividad y a la consolidación de un estado del bienestar equitativo y solvente.”

1 TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, El Marco de Integridad Institucional en España. Situación actual y recomendaciones., 2011. Disponible en la URL: http://www.transparencia.org.es/PROYECTO_ENIS/Sistema_Nacional_de_Integridad_de_España-RE.pdf [con acceso el 10/4/2013]

2 Documento disponible en la URL: <http://www.sespas.es/adminweb/uploads/docs/resumenMESASESPASENAES.pdf> [con acceso el 6/3/2013]

III. RECEPTIVIDAD, *ACCOUNTABILITY* Y LEGITIMIDAD

Receptividad y rendición de cuentas (*accountability*) son dos dimensiones esenciales en la representación política. Como señalan Crespo y Martínez³, en España, los estudios indican escasa receptividad de los representantes electos sobre las preferencias de los ciudadanos, quienes opinan que tienen escasa influencia sobre las decisiones de sus representantes. De manera paralela, la rendición de cuentas está definida casi exclusivamente por los procesos electorales, en los cuales los ciudadanos piden responsabilidades y “premian” o “castigan” a gobiernos y partidos.

Sin embargo, la ciencia política ha venido asociando la mayor participación, no sólo al medio de hacer llegar demandas de los ciudadanos en un contexto creciente de desigualdad y donde las elecciones se han mostrado insuficientes, sino a la necesidad de profundizar en la democracia mediante la creación de mecanismos de control y rendición de cuentas. La falta de *accountability* es una causa esencial en las dificultades de relación de la población con sus representantes, y, también, con las Administraciones Públicas⁴.

Desde estos presupuestos, la transparencia y el acceso a la información permiten el control de la acción de los gobernantes y, de esta manera, acercan más a la toma de decisiones a los ciudadanos, que mediante el conocimiento y su participación en la configuración de las políticas públicas se hacen corresponsables y legitiman las decisiones. Para muchos autores, suponen un mecanismo de estabilización del sistema democrático.

IV. DÉFICIT DE TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

Son múltiples las carencias que deberían verse mejoradas por la aplicación de la futura Ley de Transparencia. En general, estas carencias están relacionadas con las generales de nuestro sistema institucional

y de gobierno, aunque algunas se hacen más presentes en la gobernanza del SNS. Para su descripción las agruparemos en dos categorías diferenciadas. De un lado, aquellos aspectos cuya correcta configuración suponen un ejercicio de transparencia activa, es decir, que ofrecen información sin que sea solicitada; de otro, aquellos que posibilitan la demanda de información por parte de los distintos actores de la sociedad civil (prensa, sociedad civil organizada, o personas a título individual), mediante la denominada transparencia pasiva.

Transparencia activa

a) Portal de transparencia. - Esta es sin duda una de las medidas más solicitada por los expertos para acceder a la información de las organizaciones públicas españolas. En el caso del sistema sanitario público, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad mantiene en funcionamiento el “Portal Estadístico del SNS” y, más recientemente ha puesto en marcha un sitio denominado “Consulta Interactiva del SNS”, en el cual se encuentra en formato accesible, transformable y transmisible prácticamente toda la información sobre actividad e indicadores de salud de España. No obstante, esta información está agregada por servicios de salud o áreas, pero no es posible obtener, por ejemplo, el CMBD de un hospital concreto o su índice de rotación.

También se echa en falta una información económica y de resultados de gestión adecuada. El Sistema de Cuentas de Salud se basa en la clasificación internacional de cuentas propuesta por la OCDE. Sistema comparable internacionalmente, pero agregado con este fin y que no permite disponer de información económica más detallada y concreta.

Los servicios de salud deberían igualmente disponer de portales de transparencia que ofrecieran esta y otra información y donde los ciudadanos se pudieran dirigir para solicitar información no disponible.

b) Análisis de la implementación de las políticas públicas y publicación de resultados. - Mediante el análisis de las políticas públicas se estudia el “buen o mal funcionamiento de una política pública en la práctica”⁵, abarcando el proceso que tiende a la realización concreta de los objetivos de una política pública. Este proceso de implementación, que

³ Crespo, Ismael y Martínez, Antonia: “Receptividad y *Accountability* en España”, en Martínez, A. (Ed.): *Representación y calidad de la democracia en España*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 101-115.

⁴ Rossell, Cecilia: “Sociedad civil y políticas públicas en España: desafíos para la representación y la participación”, en Martínez, A. (Ed.): *Representación y calidad de la democracia en España*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 257.

⁵ Subirats, Joan et al.: “Análisis y gestión de políticas públicas”, Ariel, Barcelona, 2010, p. 183

en ocasiones incluye la fase de programación y de regulación reglamentaria por la autoridad ejecutiva de la política formulada, es el que lleva a la puesta en práctica de una política concreta. De su estudio se pueden extraer los elementos que nos indican el impacto en la sociedad o en determinados colectivos que ha tenido la decisión política y el comportamiento de los actores implicados.

La sistematización de estos análisis y su publicación indudablemente contribuirían a arrojar transparencia sobre la utilidad y coste de las decisiones políticas, y, consecuentemente supondrán una importante ayuda para la configuración de la opinión del público.

c) Publicación en las páginas web cada centro de todas las disposiciones normativas que le afecten.- Esta medida pretende garantizar el conocimiento de las reglas que rigen en los centros sanitarios por parte de la población, para así poder ejercer mejor sus derechos o reclamar contra las decisiones que considere inadecuadas. En esta publicación debería alcanzar hasta las de menor rango reglamentario, como instrucciones o circulares de las gerencias.

d) Información sobre ejecución presupuestaria.- Los departamentos de hacienda suelen ofrecer con cierto detalle la información para los presupuestos generales de cada año, pero rara vez ofrecen datos de ejecución presupuestaria detallada. Ni mucho menos descendiendo al nivel de área o distritos sanitarios. Estos datos de ejecución presupuestaria son necesarios para establecer la eficiencia de las políticas públicas sanitarias y de las decisiones en cuanto a los modelos de gobierno de las instituciones. En un entorno de gobernanza multinivel y de cada vez más variedad en los modelos de gestión de los centros sanitarios, nos parece determinante para la elección consciente de los ciudadanos que se pudieran presentar de manera accesible esta información, relacionada con la abundante información de actividad y asistencial que se maneja.

e) Información detallada y global sobre contratos públicos.- Es necesario dar un mejor información sobre los mismos. La información disponible es la establecida por la legislación específica, pensada en claves de libre concurrencia y publicidad del procedimiento, estadística y de control de la Administración. Sin embargo, a efectos de información pública es necesario disponer en cada servicio de salud de una información global y desagregada por centro de gasto sobre los contratos en vigor, los adjudicatarios

y las cuantías de los mismos. Igualmente, se deberían ofrecer los modelos de contrato para cada tipo.

La información sobre los contratos que se encuentran en las páginas web de los servicios de salud es una información dirigida a los licitantes y especialistas. Normalmente hay que registrarse para acceder a ella. Los Registros de Contratos del Sector Público estatal y autonómicos reciben y elaboran la información básica de los contratos, pero el acceso por parte de los particulares es, cuando menos, dificultoso. Falta la puesta a disposición de esta información básica sin necesidad de solicitarla y con los datos en formatos abiertos y reutilizables.

f) Publicidad de retribuciones de altos cargos.- Actualmente, las retribuciones e ingresos de los miembros de los gobiernos estatal y autonómicos, de altos cargos de las administraciones y de miembros de las asambleas legislativas son, en general, públicas⁶, aunque con ciertas lagunas y carencias que también están siendo sometidas a consideración durante el trámite parlamentario de la futura ley. No cabe duda de que la publicidad de los ingresos de quienes deciden las políticas en materia sanitaria contribuirá a la transparencia y alejará el problema de la corrupción. La nueva norma debe recoger la obligatoriedad de hacer públicos e incorporar, de manera diferenciada, al portal de transparencia de la correspondiente comunidad autónoma sus declaraciones de actividades, bienes y rentas.

Paralelamente, deben ser públicos los créditos disponibles para gastos de representación y otros.

g) Publicidad de retribuciones de miembros de equipos directivos de los servicios de salud y de los centros sanitarios.- La regulación en materia de publicación de rentas alcanza únicamente hasta los altos cargos de las administraciones. A nuestro juicio, sería una exageración someter a un régimen similar a quienes constituyen los equipos directivos de nivel operativo del Sistema, pero no parece en absoluto razonable que no se puedan conocer sus retribuciones.

Con carácter general, en los equipos directivos de los servicios de salud pueden convivir empleados públicos con nombramientos de libre designación en puestos de personal funcionario o estatutario con per-

⁶ La regulación esencial de la materia se realiza mediante la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y las leyes reguladoras del gobierno y de la correspondiente administración territorial y en los reglamentos de cada asamblea legislativa.

sonal vinculado mediante contratos de alta dirección. De otra parte, la práctica habitual en el sector es que las personas miembros de los equipos directivos de los centros sanitarios estén exclusivamente vinculadas mediante contratos de alta dirección amparados en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores⁷. En el supuesto de ser personal funcionario o estatutario con nombramientos realizados a través de sistemas de libre designación, sus retribuciones se corresponden con los establecidos en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo o tablas salariales, según los casos. Pero cuando su vinculación se establece mediante contratos de alta dirección, no es posible conocer sus retribuciones reales.

En efecto, en este tipo de contratos laborales, las retribuciones “fijas” se ajustan a las tablas salariales del correspondiente servicio de salud, pero se desconocen las cuantías que los directivos reciben en concepto de productividad variable. Es más, ni siquiera se conoce si esas cuantías están vinculadas al cumplimiento de objetivos y, si lo están, en qué porcentaje. Esta opacidad en retribuciones directamente obtenidas de los presupuestos de las distintas administraciones y organismos públicos no es tolerable en un sistema con un mínimo de transparencia democrática.

Por tanto, sería necesaria la publicación (en tablas salariales o mediante otro sistema) de las retribuciones del personal directivo, así como el diseño y establecimiento de un contrato de alta dirección tipo que sea público, con una regulación que declare nulas las cláusulas adicionales *ad personam* que se entiendan arbitrarias o incurran en supuestos de desviación de poder.

h) Regulación de la provisión de puestos de trabajo de libre designación y de la función directiva.- Es necesario revisar la regulación del personal directivo⁸ y de los puestos provistos mediante sistemas de libre designación⁹. A pesar de que la regulación es

escasa, es bastante frecuente la omisión de la regulación en el proceso de designación de este personal, que con excesiva frecuencia se produce de manera opaca. No se trata de cuestionar la capacidad de designar a personas en la cuales se tenga una mínima confianza, sino de que esta designación se haga de manera transparente, en personas objetivamente adecuadas y que el desempeño en el correspondiente puesto sea evaluable.

Con este fin debería establecerse una regulación que suponga fortalecer los siguientes aspectos en la selección y nombramiento de estos puestos:

- Designación atendiendo a criterios de idoneidad y a principios de mérito y capacidad, garantizando la publicidad y concurrencia.
- Evaluación de resultados en relación con los objetivos fijados y responsabilidad por su gestión.

Para garantizar la transparencia, sería necesario que fuera pública la siguiente información en cada centro:

- Relación de puestos directivos y de libre designación.
- Currículum de las personas que los desempeñan.
- Objetivos fijados para cada puesto y resultado de las evaluaciones de cumplimiento de objetivos.

i) Creación de un registro público de organizaciones de interés del sector y regulación de sus relaciones con los distintos actores.- Esto es, lo que se ha venido denominando como registro de *lobbies*. En el sector sanitario son abundantes las empresas y organizaciones con un interés, tanto en la regulación, como en las decisiones de gestión e incorporación de nuevas tecnologías para el diagnóstico y productos terapéuticos.

La regulación de los grupos de interés y la obligación de que se registren supone la asunción de una democracia participativa, posibilitando que los grupos de interés más débiles puedan tener acceso a la toma de decisiones, puesto que de manera transpa-

⁷ Vid. artículo 13.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; artículo 20.4 del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social; y el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

⁸ Vid. artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y artículos 20 a 22 del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

⁹ Vid. artículo 29.3 del Real Decreto-Ley 55/2003, del 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de

salud y artículos 23 a 28 del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

rente quedará reflejada la frecuencia y la intensidad de contactos.

Por lo que respecta a la regulación del sector, es necesaria una transparencia absoluta de las relaciones entre quien legisla o dicta los reglamentos y estos grupos de interés. Esta transparencia será la mejor garantía contra las presiones, puesto que evidencia y pone frente a la opinión pública las decisiones tomadas tras los encuentros con estos grupos.

En cuanto a las decisiones de gestión y a la incorporación de nuevas tecnologías y técnicas diagnósticas y productos terapéuticos, lo que aquí se intenta preservar es que las relaciones con los proveedores sean claras y libres de presiones. La influencia de los grupos de interés no se limita a su relación directa con las personas que finalmente toman las decisiones, sino que también mantienen fluidas relaciones con las asociaciones profesionales sanitarias y los profesionales sanitarios. En ambos casos son frecuentes los conflictos de intereses¹⁰.

Transparencia pasiva

La transparencia pasiva se basa fundamentalmente en el reconocimiento del derecho de todas las personas a acceder a la información pública. En una definición muy general, entenderemos que será información pública toda aquella información, con independencia del soporte y formato en que se presente, que obre en poder de las administraciones públicas, sus organismos dependientes, sus empleados y las entidades que se sostengan con fondos públicos o reciban subvenciones públicas. Esta amplia definición se ve limitada en el derecho comparado, fundamentalmente por tres aspectos: El alcance del concepto de documento público y/o información pública, la concreción de las entidades sujetas a facilitar información y la capacidad que autoridades, administraciones y entidades tienen para eludir la obligatoriedad de facilitar la información.

La mayor o menor amplitud en la configuración legal de cada uno de estos aspectos es lo que en la práctica garantizará la amplitud del derecho recono-

cido. Cada una de las restricciones que se configuren supondrá una limitación al derecho de acceso a la información. Que estas restricciones sean las mínimas y ajustadas a supuestos concretos en los cuales existan circunstancias evidentes de daño a un bien o derecho merecedor de mayor protección, tendrá como resultado una configuración de un derecho con más potente y con mayores posibilidades de ejercicio. En el caso del SNS existe el problema adicional de enfrentarnos a un modelo descentralizado con una alta capacidad regulatoria de cada una de las administraciones competentes. La igualdad en el reconocimiento del derecho y en sus garantías toma en este caso una especial relevancia, puesto que no existirá un auténtico derecho de acceso a la información pública si este no se garantiza de manera uniforme en todo el Estado.

Si un derecho vale lo que sus garantías, resultan fundamentales los sistemas que la ley establezca para garantizar el cumplimiento en los términos de su configuración. Aquí vamos a destacar tres elementos de garantía del derecho de acceso a la información y de la transparencia en las Administraciones Públicas en general y en el SNS, en particular. Estas son: la existencia de unidades especializadas en facilitar el ejercicio del derecho y en proporcionar la información demandada por la ciudadanía, el establecimiento de un régimen sancionador de los incumplimientos de la regulación y, sobre todo, un organismo garante encargado de controlar el ejercicio del derecho y de aplicar las sanciones que puedan corresponder.

En primer lugar, el establecimiento de unidades especializadas con personal formado en la materia en cada uno de los organismos y entes obligados a la aplicación de las normas sobre acceso a la información, agiliza el acceso y evita aplicaciones erróneas y discrepantes entre organismos. En definitiva contribuye de manera importante al correcto ejercicio del derecho y al mejor acceso de la población.

En cuanto al régimen sancionador, es evidente que si no se establece un sistema de sanciones y apercibimientos al personal y autoridades encargados de la aplicación pueden relajar su cumplimiento. Si ante retraso habitual en la respuesta, o la obstrucción sistemática al acceso la personas o personas encargadas y entes afectados no perciben algún tipo de reprobación y/o sanción será difícil introducir una cultura de transparencia dentro del sistema. Para algunos expertos, este régimen sancionador debe ir acompañado de un sistema de recompensas que premien la ejemplar aplicación del derecho.

¹⁰ En lo relativo a los conflictos de intereses de las asociaciones profesionales, se puede encontrar una detallada descripción del problema en Ruano, Alberto: "El conflicto de intereses económico de las asociaciones profesionales sanitarias con la industria sanitaria", Informe Monográfico. SESPAS, 2011. Documento disponible en la URL:

http://www.sespas.es/adminweb/uploads/docs/Conflicto_de_Intereses.pdf [Con acceso el 15/3/2013]

Finalmente, resulta fundamental la existencia de un organismo especializado en garantizar la aplicación de la legislación y el ejercicio de los derechos relacionados. Este órgano debe ser independiente del poder ejecutivo y tener capacidad para sancionar y reprobar a los encargados de la aplicación directa de las normas. También tiene un papel destacado en la formación del personal especializado al que nos hemos referido y en la evaluación del funcionamiento global del sistema de garantía de transparencia.

V. RESPUESTA DEL PROYECTO DE LEY A LAS NECESIDADES DE TRANSPARENCIA DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

En el análisis del Proyecto de Ley, debemos empezar, como es habitual en el análisis de las normas por las cuestiones generales, entre las que en este caso destaca la naturaleza del derecho de acceso regulado y el carácter básico de la norma.

En cuanto a la naturaleza del derecho, está siendo bastante controvertido en el trámite parlamentario su falta de consideración como derecho fundamental, al ampararse el proyecto en el artículo 105.b) CE, que regula el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, en lugar de ampararse en el artículo 20 CE, que recoge el derecho a recibir y comunicar libremente información en sus múltiples aspectos. Para los defensores de esta postura, la misma viene reforzada por el mandato constitucional de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y Tratados y convenios internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE), puesto que en las interpretaciones de los organismos internacionales entiende el derecho de acceso a la información como parte inherente a la Libertad de expresión. Junto a estos argumentos se esgrimen y entienden una vinculación directa entre el acceso a la información pública y los derechos a la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.1 CE) y a participar en los asuntos públicos (art. 23.1).

En el mismo sentido, El profesor Sanchez de Diego en su comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados¹¹, señala cuatro motivos por los cuales considera fundamental

el derecho de acceso a la información pública. No considera adecuado el anclaje en el artículo 105.b) CE, porque el ámbito subjetivo de aplicación abarca más que el gobierno y la Administración Pública (art. 2 del Proyecto); en segundo lugar, por el objeto, puesto que el citado artículo constitucional se refiere a archivos y registros y el proyecto va mas allá de la simple regulación del acceso a los mismos; una tercera causa la constituye una cuestión de garantías. No ser considerado un derecho fundamental lo deja fuera de la protección regulada por el artículo 53 CE; y, finalmente, porque considera que un derecho configurado de esta manera es un derecho disminuido frente a otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y a la protección de datos.

Es precisamente el desarrollo como un derecho fundamental de la protección de datos personales, “creado” por la jurisprudencia constitucional a partir del artículo 18.1 CE, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen un ejemplo esgrimido para encajar esta Ley en los artículos 9.2, 20 y 23.1 de nuestra constitución. La futura debería garantizar la capacidad de participación de la sociedad civil en la toma de decisiones¹² y el artículo 10.2 CE ciertamente no permite crear derechos fundamentales, pero sí interpretarlos; se trata de determinar el alcance del artículo 20¹³.

El argumento de los redactores y defensores del texto del proyecto se fundamenta casi exclusivamente en la redacción expresa y literal del artículo 105.b) CE y en que no se pueden crear derechos fundamentales por ley a costa de aceptar interpretaciones forzadas de los derechos del Título I de la Constitución¹⁴. Podría resultar complicado y “peligroso” para la propia finalidad de la futura ley que el Tribunal Constitucional no respaldara las tesis jurídicas que

12 Vid. comparecencia de Rotondo Ruiz (presidenta de APRI) en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones. Congreso de los diputados, número 254. Comisiones. Constitucional. Sesión número 10, de 12 /2/ 2013. P. 23

13 Vid. comparecencia del profesor Guichot Reina en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones. Congreso de los diputados, número 254. Comisiones. Constitucional. Sesión número 10, de 12 /2/ 2013. pp. 25-28

14 Vid. la comparecencia de Pendás García (director del CEPC) en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones. Congreso de los diputados, número 301. Comisiones. Constitucional. Sesión número 13, de 17 /4/ 2013. pp. 2-13 y la comparecencia de Rodríguez Álvarez (Presidente de la AEPD). Diario de Sesiones. Congreso de los diputados, número 301. Comisiones. Constitucional. Sesión número 13, de 17 /4/ 2013. pp. 2-13

11 Diario de Sesiones. Congreso de los diputados, número 254. Comisiones. Constitucional. Sesión número 10, de 12 /2/ 2013. pp. 25-28

defienden su carácter de orgánica.

Por otra parte, la jurisprudencia viene reconociendo únicamente el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública cuando se ejerce por cargos representativos (art. 23.2 CE) y también en el caso de los representante sindicales de empleados públicos, por entender que se integra en la libertad sindical (art. 28 CE)¹⁵

Por lo que respecta al carácter básico de la ley, la disposición final séptima se declara así al amparo de los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución. Como señala Fernández Ramos¹⁶, si bien el recurso al 149.1.1 garantiza la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos, el recurso al 149.1.18, supone afianzar el carácter básico de las en la competencia exclusiva del Estado para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones, pero simultáneamente se está indicando que la competencia estatal no es plena, sino compartida con las comunidades autónomas a la cuales les corresponde el desarrollo legislativo. Esta circunstancia complica la aplicación uniforme de la Ley y, como veremos, dificulta el establecimiento de algunas de las disposiciones con carácter general a todas las Administraciones Públicas.

Resumiendo, el hecho de que el legislador estime que los derechos reconocidos en el Proyecto de Ley no tienen carácter de fundamentales, unido a un carácter básico que implica una competencia compartida y unas capacidades de desarrollo autonómico, supone, a nuestro juicio una importante dificultad para el futuro ejercicio del derecho de manera uniforme, y un debilitamiento para establecer garantías en todo el Estado.

Una de las primeras consecuencias de la decisión del legislador tomada más arriba es que el Título II es de aplicación exclusiva a la Administración General del Estado. Esto supone que toda la parte dedicada al buen gobierno y al régimen disciplinario de los altos cargos no es de aplicación directa a la generalidad de

las Administraciones.

Ámbito subjetivo de aplicación

En el ámbito subjetivo de aplicación descrito en el artículo 2 se incluyen la mayoría de las entidades del sector público, pero no incorpora como sujetos obligados a aplicar las normas sobre transparencia y a suministrar información a las personas físicas y jurídicas que prestan servicios públicos. Se zanja esta cuestión con un poco afortunado artículo 3 mediante el cual se obliga a las estas personas a suministrar a la administración u organismo a la cual se encuentren vinculadas la información que se les requiera. De entrada, esta norma termina con la transparencia activa de todas estas entidades y personas que gestionan dinero público y que ejercen potestades administrativas. Como señala el profesor Tomas Ramón Fernández¹⁷, en el artículo 2 del Proyecto de Ley se debería haber recogido todo el catálogo de entidades que se detalla en el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público. Se sustrae así del influjo de la Ley a infinidad de organismos y entes que gestionan dinero público.

Pero no queda ahí, respecto de los adjudicatarios de contratos del sector público se deja la aplicación de la Ley a los términos que se incorporen en el respectivo contrato. Por esta vía, deslegalizamos el derecho y lo dejamos en manos de la voluntad de las autoridades convocantes de concursos públicos.

En el SNS, deja dudas sobre la aplicación de la Ley en muchos de los entes que han proliferado para la gestión de centros sanitarios y sobre aquellos gestionados mediante concesión administrativa (colaboración público-privada).

Objeto del derecho: la información pública

Como ya señalábamos, la definición de información es determinante en la configuración del derecho de acceso. El proyecto de Ley establece el derecho a acceder al contenido y documentos en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito subjetivo y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones (art. 10). Esta es una definición bastante amplia y que, a priori, permitiría el acceso a

¹⁵ Fernández Ramos, Severiano: "El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". Ponencia presentada en el Seminario de modernización y apertura de la Administración Pública organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública y celebrado el 27 de septiembre de 2012, pp. 9-10. Documento accesible en la URL:

<http://aragonparticipa.aragon.es/dmdocuments/SEVERIANO-%20Ley%20Transparencia%20Zaragoza%202012x.pdf> [Con acceso el 16/3/2013]

¹⁶ Fernández Ramos, Severiano: "El acceso a la información en el Proyecto...", op. cit. pp.10-11.

¹⁷ Comparecencia en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones. Congreso de los diputados, número 254. Comisiones. Constitucional. Sesión número 10, de 12 /2/ 2013, p. 38

la mayoría de la documentación de interés. Sin embargo, el legislador se apresura a poner límites mediante un abundante catálogo de causas de restricción del derecho (art. 11.1). A pesar de que en el apartado 2 de este artículo se establece la justificación y proporción de la aplicación de estos límites, deja en cierto suspenso la plena aplicación del derecho que reconoce la Ley.

Un segundo grupo de restricción es el que tiene que ver con los datos personales (art. 12). Es este un campo en el que opinamos que se ha dejado gran parte del nuevo derecho a merced de la regulación y la aplicación del derecho a la protección de datos, que sí se ha consolidado como un derecho fundamental.

Mediante las causas de inadmisión del artículo 15 se establece un tercera categoría de restricciones. Llama la atención la restricción de acceso justificada en tratarse de documentación de apoyo a una norma general en elaboración o la de los borradores como material de carácter auxiliar.

El último grupo lo situaremos en la tramitación de las solicitudes y en la resolución de las mismas. Se establecen pautas de tramitación que podrían llegar a ser algo complejas. En particular resulta farragoso remitirse al autor de una información para que autorice un acceso cuando la información se le ha solicitado a quien la tiene en su poder. También destaca que vuelven a introducirse aquí limitaciones por conflictos con la protección de datos personales. Por lo que respecta a la resolución, tiene una buena regulación administrativa, donde destaca el controvertido tema del silencio negativo. La verdad es que el legislador está adoptando una alternativa prudente, que parece adecuada dado el riesgo existente de un silencio negativo en determinados casos.

Finalmente, en este bloque nos vamos a referir a aquellos elementos que identificamos más arriba como garantes de un sistema adecuado de transparencia y acceso a la información. Respecto a las unidades especializadas de información, se encuentran reguladas en el artículo 18. Como consecuencia del reparto competencial se crean estas unidades exclusivamente para la Administración del Estado, haciendo únicamente una indicación al conjunto de administraciones y entes del ámbito subjetivo de aplicación para que establezcan “sistemas para integrar la gestión de las solicitudes”. Otra oportunidad perdida para el SNS. Habrá que estar al desarrollo autonómico.

En cuanto al régimen sancionador, es de destacar la incorporación de una remisión al régimen disciplinario vigente para cada supuesto para los casos de obstrucción reiterada de acceso. No obstante, el régimen detallado en el Proyecto de Ley es de afectación únicamente a los altos cargos de la AGE y, y por tanto, de poca utilidad para el conjunto del sistema sanitario. Es más, tampoco en este ámbito se introduce un régimen sancionador de los incumplimientos de los distintos actores implicados en los procesos de transparencia.

En último lugar, haremos una referencia a la Agencia Estatal de Transparencia, organismo de control e impulso de la Ley que inicialmente se ha configurado como dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, lo cual lo hace poco creíble como mecanismo de control al propio gobierno del que depende. Afortunadamente, las noticias que llegan durante la redacción de este trabajo es que en el trámite parlamentario se está abriendo la vía de configurarlo como un organismo independiente del Ejecutivo central. Hecho este que, además de darle más capacidad como organismo de garantía, evita fricciones en el sistema de competencias entre el Estado las CC. AA.

Transparencia activa

En esta materia hemos visto como resulta fundamental la existencia de un portal de transparencia y/o de lugares web donde se publique la información. La Ley prevé la creación de un portal de transparencia dependiente del Ministerio de Presidencia para el acceso a toda la información obligatoria de todas las administraciones. Pero no obliga, por razones competenciales, al resto de Administraciones a crear portales similares. Esto deja a la voluntad de las CC.AA. y de los servicios de salud la creación de estos portales en lo relativo al sistema de salud. Si es cierto que se dispone la obligación de publicar en la página web o sede electrónica del correspondiente organismo la información disponible de “manera clara, estructurado y entendible para los interesados”, pero sin la obligación de un portal específico se pierde una herramienta importante de accesibilidad.

Por lo que respecta a la información obligada a poner a disposición del público, se califica como “información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia”. Mucho tienen que mejorar los reglamentos y el desarrollo autonómico la determinación de esta información relevante.

Por materias, en la información económica y presupuestaria hay un gran detalle en la obligación de publicar, pero en cuanto a los contratos adjudicados se obliga a hacer público cuales son y su cuantía, pero no aparece a quién y por qué se han adjudicado. Hecho este determinante para un gobierno transparente.

En cuanto al funcionamiento de los servicios públicos, la información institucional y organizativa (art. 5) de publicidad obligatoria se muestra insuficiente. Especialmente si se quieren hacer comparativas entre centros y servicios y formas de gestión. Si se hace una referencia a la planificación anual y la evaluación del cumplimiento de objetivos, pero no es demasiado concreta y tal vez adolece de eso. Ya vimos como estos son hechos relevantes en el sector objeto de estudio.

Finalmente, en el artículo 6 se hace referencia a la información de relevancia jurídica, pero los dictámenes no preceptivos no se publicarán hasta el momento de la aprobación de la norma correspondiente. Pero si no se puede acceder a dictámenes e informes para seguir y participar en el proceso de elaboración de las normas, ¿para qué sirve tener derecho a conocerlos?

El último aspecto a tratar es el referido a la regulación que tiene que ver con los equipos directivos de los servicios de salud y de los centros sanitarios. Ya hemos mencionado que, en lo que respecta al buen gobierno, la Ley es de aplicación al gobierno y altos cargos del Estado, pero ni siquiera en este ámbito desciende hasta tan abajo. Igual pasa con la regulación de los grupos de interés. Por tanto, en estas materias, la futura ley no aporta nada nuevo a la transparencia y rendición de cuentas en el Sistema Nacional de Salud.

VI. CONCLUSIONES

El difícil acceso a los datos (cuando no opacidad) sobre resultados de actividad y presupuesto del SNS, a pesar del derecho a la información recogido en la legislación básica y autonómica de nuestro sistema sanitario, impide tanto la toma de decisiones plenamente conscientes como sociedad, como la rendición de cuentas. El desconocimiento real de los costes de sostenimiento de los centros y de las cifras de eficiencia y eficacia impide que los debates sobre sostenibilidad y elección de modelos de gestión (directa, colaboración público-privada...), puedan llevarse a cabo con una plena información de la ciudadanía.

Igualmente, se puede percibir una poco conveniente delimitación de conflictos de intereses en el sector.

La aprobación de la Ley en trámite debería suponer que los organismos e instituciones del SNS mejoren, tanto en transparencia activa, como en transparencia pasiva. También debería posibilitar la participación y el debate social en torno a la actividad y los beneficios del sostenimiento de un sistema sanitario público. No obstante, si bien la futura Ley contribuirá a mejorar la transparencia y el buen gobierno del Sistema Nacional de Salud, el texto parte con una dificultad importante al no considerarse por el legislador el derecho protegido como un derecho fundamental. Esta circunstancia, unida al necesario reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, dificulta la configuración uniforme del derecho y su ejercicio igual en todo el Estado.

En lo concreto, el proyecto tiene carencias de relevancia, particularmente aquellas que vienen de la mano de las excepciones establecidas, de la falta de acceso a los informes técnicos que fundamentan las decisiones, del control que siguen manteniendo las Administraciones sobre la información a facilitar y de la carencia de un régimen sancionador de los incumplimientos de la Ley.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CRESPO, ISMAEL Y MARTÍNEZ, ANTONIA: “Receptividad y *Accountability* en España”, en Martínez, A. (Ed.): *Representación y calidad de la democracia en España*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 101-115.
- FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO: “El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”. Ponencia presentada en el Seminario de modernización y apertura de la Administración Pública organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública y celebrado el 27 de septiembre de 2012, pp. 9-10. Documento accesible en la URL:
- <http://aragonparticipa.aragon.es/dmdocuments/SEVERIANO-%20Ley%20Transparencia%20Zaragoza%202012x.pdf> [Con acceso el 16/3/2013]
- ROSSELL, CECILIA: “Sociedad civil y políticas públicas en España: desafíos para la re-

presentación y la participación”, en Martínez, A. (Ed.): *Representación y calidad de la democracia en España*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 257.

- RUANO, ALBERTO: “El conflicto de intereses económico de las asociaciones profesionales sanitarias con la industria sanitaria”, Informe Monográfico. SESPAS, 2011. Documento disponible en la URL:

- http://www.sespas.es/adminweb/uploads/docs/Conflicto_de_Intereses.pdf [Con acceso el 15/3/2013]

- SUBIRATS, JOAN ET AL.: “Análisis y gestión de políticas públicas”, Ariel, Barcelona, 2010, p. 183

- TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, El Marco de Integridad Institucional en España. Situación actual y recomendaciones., 2011. Disponible en la URL:

- http://www.transparencia.org.es/PROYECTO_ENIS/Sistema_Nacional_de_Integridad_de_España-RE.pdf [con acceso el 10/4/2013]

LOS DERECHOS ESTATUTARIOS DE LA SALUD

Antonio Pérez Miras

*Doctor en Derecho, Universidad de Bolonia
Máster en Derecho Sanitario, Universidad de Granada*

ÍNDICE

1. PREMISA.
2. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS ESTATUTARIOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.
3. ALCANCE Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS REFERENTES AL ÁMBITO SANITARIO.
4. CONSIDERACIONES FINALES.
5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La presente comunicación versa sobre el estudio descriptivo de los denominados derechos estatutarios referentes a la salud. Para ello se analiza su inclusión en los últimos Estatutos de Autonomía reformados con especial incidencia en el concreto y variado contenido. Con este fin se trata de concluir una serie de observaciones críticas sobre su naturaleza, su oportunidad y su idoneidad.

PALABRAS CLAVE

Derechos estatutarios; Salud; Sanidad, Derechos de los pacientes; Reformas Estatutos de Autonomía.

1. PREMISA

La salud es uno de los principales pilares definitorios del Estado del bienestar que nace tras la II

Guerra Mundial y cuyo cuestionamiento y viabilidad están marcando el inicio del siglo XXI. El ámbito sanitario es connatural al Estado Social en que España se constituye (*ex art. 1.1 CE*) y que tiene su concreción en el Estado Autonómico¹, pues son las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), en virtud de sus competencias, de acuerdo con los arts. 148 - 149 CE y sus respectivos Estatutos de Autonomía (en adelante EEAA)², las encargadas de las prestaciones sociales para la ciudadanía, de entre las cuales la sanidad es, junto con la educación, el paradigma de la necesidad de la cooperación colectiva manifestada a través del Estado y en concreto del Sistema Nacional de Salud (en adelante, SNS)³.

1 En este sentido, SOLOZÁBAL, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2004, p. 158 y ss.

2 Entre las competencias que pueden asumir las CCAA se encuentra en el art. 148.1.21ª CE la sanidad e higiene, sin perjuicio de las bases y coordinación general que corresponde en exclusiva al Estado de acuerdo con el art. 149.1.16ª CE. No es hasta 2001 en que se culmina el traspaso de estas competencias a las CCAA que aún no las habían asumido, mediante los Reales Decretos 1471/2001 a 1480/2001, de 27 de diciembre.

3 El actual SNS es fruto de la evolución histórica, que supone una visión y un tratamiento completos de las prestaciones sanitarias y del cuidado y prevención de la salud en su conjunto, todo lo cual se deduce del dictado constitucional del art. 43 CE, junto al reparto competencial que hemos visto en la nota anterior. Ello supone la superación de la sanidad como parte integrante de la Seguridad Social (mediante cotizaciones) para pasar a un conjunto de normas, servicios y Administraciones que configuran, con cargo a Presupuestos Generales, un sistema sanitario de carácter universal, gratuito y de calidad. Es en este sentido en que hay que encuadrar la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que vino a cerrar el proceso diseñado desde la LGS, una vez producida la transferencia de la sanidad a las 17 CCAA, aunque estos principios se encuentran hoy matizados desde los

Por ello, en el marco del XXII Congreso de Derecho y Salud, cuyo lema este año es ‘Los pilares jurídicos del sistema nacional de salud’ me ha parecido interesante dedicar estas páginas al estudio de los derechos estatutarios relativos al ámbito de la salud, pues simbolizan quizá la encrucijada en que se encuentra la protección de la sanidad en estos tiempos de crisis. Si el SNS combina la configuración legal de un derecho constitucional (aunque dentro de la sistémica de los principios rectores) con el entramado administrativo (descentralizado) necesario para su efectiva realización, los derechos estatutarios que se han incluido en las últimas reformas estatutarias no han venido sino a manifestar y amparar la realidad de la protección sanitaria que se ha desarrollado y extendido en la España democrática de los últimos decenios. En este sentido, los derechos estatutarios de la salud, allí donde se han previsto, son coherentes (y conscientes) de la importancia que los servicios autonómicos de salud juegan en el conjunto del SNS y por ello presentan una serie de especificaciones, concreciones o incluso repeticiones, del derecho constitucional tal como ha sido configurado en manera general por ley de las Cortes Generales, en especial por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP).

Para ello, vamos a realizar un análisis descriptivo de las previsiones estatutarias con identificación de su alcance y de los rasgos comunes que presentan estas novedades normativas (§ 3) para concluir un análisis crítico (§ 4), si bien, para el correcto entendimiento de la postura defendida en estas páginas se antoja necesario un breve *excursus* sobre la naturale-

za general de los denominados derechos estatutarios (§ 2).

Antes de continuar con el estudio, nótese que el título de esta comunicación hace referencia a ‘los derechos estatutarios de la salud’ y no ‘a la salud’ puesto que, como vamos a ver en seguida, la segunda fórmula daría una idea errónea sobre la naturaleza de estos derechos que, en principio, no tienen carácter subjetivo, luego por sí solos no son suficientes para la reclamación de los derechos allí recogidos. En cambio, con la preposición ‘de’ queremos referirnos a aquellos derechos estatutarios que guardan relación con el ámbito de la salud, cuya competencia ostentan en nuestro Ordenamientos las CCAA.⁴

2. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS ESTATUTARIOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La cuestión relativa a estos llamados derechos estatutarios aparece en el ordenamiento español a partir de las reformas⁵ de los EEAA de Valencia y de Cataluña en 2006, que han sido referentes para medir una escala gradual sobre la intensidad en la inclusión de declaraciones de derechos y principios de los EEAA reformados en la última oleada del proceso autonómico⁶. En este sentido, la *carta* catalana es más prolija que la valenciana; además en el Texto

4 Esta cuestión lingüística, a la hora de analizar el dictado de los derechos estatutarios en vigor, no pasa inadvertida a ENÉRIZ, “La regulación del derecho a la protección de la salud en los nuevos Estatutos de Autonomía: análisis crítico”, en DS, vol. 17 n° extra.: 2009, en especial p. 49-59, quien realiza una crítica de aquellos EEAA que han hecho una referencia genérica al ‘derecho a la salud’ considerando más correcto ‘derecho a la protección de la salud’, siendo igualmente preferibles las rúbricas genéricas como en el caso andaluz, art. 22 EAAnd. ‘Salud’, o el art. 23 EACat. ‘Derechos en el ámbito de la salud’.

5 Siguiendo un orden cronológico, los EEAA reformados han sido: Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril (en adelante, EAVa); Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (en adelante, EACat); Estatuto de Autonomía de Illes Balears, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero (en adelante, EABal); Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (en adelante, EAAnd); Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado mediante Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (en adelante, EAARA); Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado mediante Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre (en adelante, EACyL); Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero (en adelante, EAExt).

6 CRUZ VILLALÓN, “La reforma del Estado de las Autonomías”, en REAF, n° 2: 2006 habla de “segundo proceso autonómico”.

recortes acaecidos con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Sobre el origen, configuración y debates acerca del SNS pueden consultarse, sin ánimo de exhaustividad, LEÓN ALONSO, *La protección constitucional de la salud*, Las Rozas: La Ley, 2010, especialmente p. 293 y ss.; en la Revista DS: TORNOS MÁS, “Sistema de seguridad social versus sistema nacional de salud” (vol. 10 n° 1: 2002); BELTRÁN AGUIRRE, “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del sistema nacional de salud” (vol. 10 n° 2: 2002); ID., “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud” (vol. 11: 2003); MUÑOZ MACHADO, “La cohesión del Sistema Nacional de Salud” (vol. 12 n° extra.: 2004); ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El sistema nacional de salud como sistema: realidad y carencias” (vol. 15 n° 1: 2007); VIDA FERNÁNDEZ, “Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro” (vol. 21 n° 2: 2011); CORREAS SOSA, “El copago sanitario: ¿un auxilio para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema?” (idem).

catalán se prevé un sistema de garantías de derechos, que desconoce el valenciano.⁷

La denominación de ‘derechos estatutarios’ hace referencia a su origen normativo, porque vienen recogidos en los nuevos EEAA. No suponen, y esto es importante, derechos subjetivos. Sin duda este *nomen iuris* ha sido comúnmente aceptado en la doctrina, aunque su aparición sistemática a partir de 2006 ha causado una acalorada polémica en torno a su naturaleza y funciones dentro del sistema constitucional de derechos⁸.

Para la calificación jurídica de estos derechos estatutarios es imprescindible tener en cuenta la jurisprudencia constitucional que sobre estos dos

7 Siguiendo esta última categoría, podemos realizar dos grupos con los 7 EEAA que han conformado este último periodo de reformas estatutarias; en el primer grupo se encuentran Cataluña, Andalucía y Castilla y León; en el segundo: Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Aragón y Extremadura. En el presente estudio nos referiremos a dichas CCAA según su nombre común en castellano, obviando las denominaciones jurídicas recogidas en los respectivos EEAA así como en lengua española distinta del castellano.

8 Aunque ambos EEAA fueron tramitados por la misma época, en la doctrina causó mucho más revuelo el catalán que el valenciano. Podemos decir que uno de los motivos sin duda fue la inclusión de una carta o catálogo de derechos de manera sistemática. En general sobre las reformas estatutarias puede consultarse: las actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España recogidas en RUIZ-RICO (coord.), *La reforma de los estatutos de autonomía*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006; también, SOLOZÁBAL, *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2006, en concreto, p. 57-174 y p. 371-381, y con posterioridad, “Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias”, en TRC, nº 22: 2008; CRUZ VILLALÓN, *op. cit.* y la sucesiva contestación hecha por ROIG MOLÉS, “La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?”, en REAF, nº 3: 2006; ÁLVAREZ CONDE, *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Madrid: Iustel, 2007. En concreto sobre el tema de los derechos, antes de que el Tribunal Constitucional comenzara su jurisprudencia en la materia: FERRERES, BIGLINO, CARRILLO, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid: CEPC, 2006; GARRORENA, “El derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, en TRC, nº 18: 2006; la discusión entre Díez-Picazo, “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en REDC, nº 78: 2006; y CAAMAÑO, “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en REDC, nº 79: 2007; con posterior réplica de Díez-Picazo, “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, en REDC, nº 81: 2007; CANOSA USERA, “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, en TRC, nº 20: 2007; y EXPÓSITO, “La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, en REAF, nº 5: 2007. Igualmente sobre las declaraciones de derechos en los EEAA deben considerarse los volúmenes colectivos de BALAGUER (Dir.), ORTEGA ÁLVAREZ, CÁMARA VILLAR, MONTILLA MARTOS (coords.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Sevilla: IAAAP, 2008 y APARICIO (ed.), CASTELLÀ & EXPÓSITO (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona: Atelier, 2008.

EEAA ha dictado el Tribunal Constitucional⁹. Un primer tentativo se dio con la STC 247/2007, de 12 de diciembre (Valencia) pero no es sino con la STC 31/2010, de 28 de junio (Cataluña) que estamos en disposición de definir un derecho estatutario.

El concepto que de derecho estatutario vamos a dar se basa en la construcción jurisprudencial que de la lectura conjunta de ambas sentencias hemos podido realizar. Así por tanto, los derechos estatutarios son mandatos, principios y directrices a los poderes públicos para que configuren los mismos de acuerdo con sus competencias sin menoscabar los derechos fundamentales de la Constitución o de los tratados internacionales.

Como se ha encargado insistentemente de repetir el TC, no se trata ni de desarrollo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, ni de derechos fundamentales *territorializados*¹⁰. Para que un enunciado normativo dentro de un Estatuto pueda calificarse como derecho estatutario necesita cumplir

9 Estas sentencias han sido especialmente polémicas y han causado mucha literatura doctrinal. Es tan numerosa que me permito remitirme, antes de la sentencia sobre el Estatuto catalán, a ; FERNÁNDEZ FARRERES, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008; BALAGUER, “Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados”, en Anuario Jurídico de La Rioja, nº 13: 2008; CÁMARA VILLAR, “Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)”, en REDC, nº 85: 2009; CANOSA USERA, “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre”, en TRC, nº 22: 2008; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, en RGDC, nº 5: 2008. Tras la sentencia catalana, TUR AUSINA & ÁLVAREZ CONDE, *Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad*, Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters, 2010; CÁMARA VILLAR, “Veste y realidad de los derechos estatutarios”, en REP, nº 151: 2011; CARRILLO, “Los derechos estatutarios y sus garantías en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en REDC, nº 92: 2011; EXPÓSITO, *Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010*, en TRC, nº 27: 2011; VILLAVEVERDE, “Estatutos, declaraciones de derechos y derechos estatutarios”, en RGDC nº 13: 2011; SÁNCHEZ BARRILAO, “La giustiziabilità dei diritti riconosciuti dagli Statuti nello Stato Autonómico spagnolo”, en Quaderni Regionali nº 2: 2012.

10 Por definición, un Estatuto de Autonomía no es una Constitución (de un Estado federado) por lo que no cabe pensar que estamos en presencia de cartas de derechos fundamentales para territorios concretos dentro de un Estado constitucional. A mi entender, esto supone en consecuencia que no se pueda decir que estamos en puridad ante una presencia de tutela multinivel de un derecho fundamental en el mismo sentido en que nos referimos en el orden internacional.

un doble vínculo: por un lado es un mandato a los poderes públicos autonómicos, y en especial al legislador autonómico, por otro lado, sólo vinculan materialmente de acuerdo con el ámbito de competencias asumidas en el respectivo EA. Tiene, por tanto, la doble naturaleza de mandato y principio.

Podemos observar de la lectura conjunta de las nuevas cartas de derechos en los EEAA reformados, de manera global, las siguientes características comunes:

- la aparente originalidad de los derechos recogidos en los EEAA. La mayoría de los derechos ya existen en el panorama nacional e internacional. Se ha realizado una *selección* o una *reformulación* según las necesidades o intereses de cada Comunidad Autónoma que ha procedido a realizar una reforma estatutaria.
- Relación superior: En relación con los derechos constitucionales, las reproducciones literales son escasas y la mayoría presenta o una *actualización* o una nueva perspectiva de un ámbito ya previsto por el Constituyente, como ocurre con los derechos sociales que se extraen del Capítulo III CE y en concreto, en lo que nos interesa para esta comunicación, el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE.
- (Sigue) Relación superior: También algunos derechos se inspiran en algunas de las novedades que introdujo la Carta Europea de Derechos Fundamentales, o para el ámbito concreto que ahora nos interesa, el Convenio de Oviedo de 1997.
- También los derechos se incorporan por una relación inferior, es decir, mediante la consagración de derechos que han aparecido en la legislación estatal o autonómica. Esto se observa en especial en el ámbito que nos ocupa, el de la salud, pues, como veremos, los EEAA copian derechos previstos en la Ley General de Sanidad o en la Ley de Autonomía del Paciente y que normalmente estaban igualmente consagrados en las respectivas leyes autonómicas de sanidad.
- Por otro lado, también consagra derechos contruidos jurisprudencialmente como la protección de datos.
- Nuevos derechos: son testimoniales, por ejemplo, derecho al agua, derecho a acceder a las nuevas tecnologías, derechos de solidaridad y a favor

de personas desfavorecidas. Desde otra óptica, aparecen derechos *sectoriales* a favor de grupos o clases que el legislador estatutario considera que deben de tener una especial protección, y que, como veremos, se concretizan también al tratar el tema de su atención sanitaria, diferenciada de aquellos preceptos específicos.

Es importante destacar que un derecho estatutario no equivale a una cláusula competencial habilitante. Así, las cláusulas autolimitativas¹¹ forman parte del articulado estatutario y sirven para determinar el alcance y la interpretación de estos derechos.

Tras esta somera introducción sobre la naturaleza de los derechos estatutarios, estamos en disposición de continuar con el objeto principal de estudio de este trabajo: la salud.

3. ALCANCE Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS REFERENTES AL ÁMBITO SANITARIO

Debemos comenzar este epígrafe recordando que el objeto de estudio originario son los siete EEAA reformados en el periodo 2006-2011. De éstos, sólo los cinco intermedios nos sirven para delimitar su alcance y contenido dado que ni el primero, el valenciano, ni el último, el de Extremadura, contienen verdaderos derechos estatutarios en el sentido expuesto en el apartado anterior.

En el caso del extremeño, el art. 7 EAExt recoge un largo elenco de lo que el legislador estatutario ha querido definir como principios rectores de los poderes públicos extremeños. Se limita a señalar que “los poderes públicos regionales: 11. Asumen como una aspiración esencial la más estricta garantía de los derechos a la salud, a la educación y a la protección pública en caso de dependencia.”

Este principio undécimo, sin duda, cohonesta

11 LÓPEZ MENUDO, “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, en RAAP, nº 73: 2009, p. 96. EXPÓSITO, “Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010”, en TRC, nº 27: 2011, p. 484 considera que la existencia de estas cláusulas y las exigencias que en ellas se contienen hacen “superfluas” los condicionantes que se establecen en la STC 31/2010, provenientes de la STC 247/2007, sobre el respeto al marco competencial pero también a los derechos fundamentales proclamados en la Constitución y en otras normas internacionales. Menos la Comunidad Valenciana y Extremadura, los demás EEAA reformados han incorporado artículos que recogen estas cláusulas interpretativas y limitadoras de competencias.

más bien poco con la función social que la CA realiza en nuestro Estado constitucional. La mayor novedad de este apartado es la presentación de la dependencia junto a los pilares básicos del bienestar como son la sanidad y la educación. Sin embargo, esta loable visión queda empañada tanto por el tenor literal¹² como por el nulo contenido definitorio. La dicción está ausente de normatividad, incluso resulta contradictoria dado que, por un lado, se presenta como una aspiración, con lo que la idea de los derechos estatutarios como mandatos a los poderes públicos queda muy diluida; por otro lado, parece querer compensar esta falta de obligatoriedad con el empleo de fórmulas vacías como es “la más estricta garantía”, pues recordemos que el EAExt es uno de los que no prevé un sistema de garantías específico. Si esa estricta garantía depende, además de que sea aspirada por los poderes públicos, de la inspiración de las fuerzas políticas mayoritarias en cada momento, en realidad en nada se ve favorecida la ciudadanía extremeña de su art. 7.11 EAExt, puesto que en todo caso gozará de la garantía mínima establecida de manera general por el Estado ya sea en el desarrollo del derecho fundamental a la educación, la configuración legal de la protección constitucional de la salud o en la promoción de las ayudas a las personas dependientes. De aquí se deriva igualmente una crítica al tratamiento conjunto de estas materias: dada la naturaleza constitucional de un EA, el legislador estatutario debería tener más cuidado con la redacción de sus preceptos dado que, sin ser obviamente inconstitucional, esta conmixción de etiquetas, que en el Texto constitucional tienen distinto encaje con consecuencias diversas, se presenta en la Norma básica autonómica de manera vacua, decorativa y excesivamente genérica, sin mayor especificación de las bases constitucionales y legales, sus límites y menos aún de los principales destinatarios de los tres ámbitos que suponen quizá el mayor esfuerzo presupuestario de la Comunidad. Sin duda una oportunidad perdida para, aun incluso como principio rector, delimitar realmente la acción arbitraria de los gobiernos y concretar los espacios relacionales que dichos ámbitos imponen irremediablemente en toda sociedad.¹³

12 En lo que al término específico ‘derecho a la salud’, ya hemos manifestado *supra* nuestro parecer (inoportuno) al respecto. En tal sentido, conviene además recordar las palabras premonitorias de ENÉRIZ, *op. cit.*, p. 58, que tras analizar su inclusión en el EAAra y seguidamente en el EACyL intuía la continuidad de su uso en futuros proyectos de reforma, como ha sucedido en el EAExt.

13 En contra de esta postura podemos encontrar a TUDELA ARANDA, “La ideología en el Estatuto de Autonomía de Extremadura. Derechos y principios. La reacción frente a la emulación”, p. 185-186, cuando dice: “En el apartado 11 se

Es también clamorosa la ausencia de toda referencia a la salud o la sanidad en el caso valenciano. El farragoso art. 10 EAVal está consagrado a los derechos sociales de los valencianos, “que representan un ámbito inseparable del respeto de los valores y derechos universales de las personas y que constituyen uno de los fundamentos cívicos del progreso económico, cultural y tecnológico de la Comunitat Valenciana” (10.1) pero se remite a una futura Ley de Les Corts para la elaboración de una “Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, como expresión del espacio cívico de convivencia social de los valencianos, que contendrá el conjunto de principios, derechos y directrices que informen la actuación pública de La Generalitat en el ámbito de la política social” (10.2). “En todo caso”, continúa el apartado 10.3 EAVal, “la actuación de La Generalitat se centrará primordialmente en” una serie detallada de ámbitos variados del espectro social pero sin huella o resquicio donde asir la idea de salud o sanidad. No deja de ser curioso que una de las CCAA que están sirviendo de modelo para la gestión privada de la sanidad¹⁴ olvide en un proceso tan complejo como es la reforma de un Estatuto de Autonomía (y tan completa y total que fue aquella) incluir una referencia al ámbito sanitario entre las que *en todo caso se centrará primordialmente la actuación de La Generalitat*.

Esta ausencia dentro del Tít. I de ‘los derechos de los valencianos y valencianas’ sólo podría entenderse, bien por voluntad expresa del legislador estatutario, bien por mala técnica, dado que dentro del Tít. IV de ‘las competencias’ se dedica el art. 54 EAVal, con dudoso acierto y oportunidad, a las competencias en sanidad y seguridad social, estableciéndose en su apdo. 6 que “La Generalitat *garantizará los derechos de los ciudadanos a conocer los tratamientos médicos* a los que serán sometidos, sus posibles consecuencias y riesgos, y *a dar su aprobación* a aquellos de

hace referencia a tres cuestiones esenciales [...] Se hace con estricta sobriedad. Los tres se aglutinan bajo la máxima del de asumir como aspiración esencial de la Comunidad la más estricta garantía de estos derechos. Si bien podría pensarse que por su relevancia, sobre todo en un análisis comparativo, estas tres cuestiones hubiesen sido merecedoras de referencia singular, lo cierto es que la redacción es afortunada. Se dice poco pero es lo más que se puede decir. Tampoco es necesario nada más. Se trata de tres derechos reconocidos en el vigente ordenamiento jurídico. El mayor compromiso que en relación con los mismos pueden adquirir los poderes públicos es el de asegurar su «estricta garantía». Se trata de un compromiso potente y de una excelente declaración que no debiera perderse en la, también afortunada, parquedad de sus palabras.”

14 Sobre dicho modelo me permito remitir a VILLAR ROJAS, “La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid”, en DS Vol. 17, nº extra.: 2009

manera previa a su aplicación.” (cursivas mías). ¿No reúne acaso este precepto las características señaladas para la configuración de un derecho estatutario? Es un mandato a los poderes públicos valencianos, ligado a una de las competencias asumidas en el EA, luego, en principio, cabría definir de tal el precepto recogido en ese art. 54.6 EAVa, a pesar de la errónea sistemática del mismo. Aunque excede del objeto y los límites de este trabajo, a raíz de esto se podría pensar si, parte de la problemática que ha supuesto la inclusión de declaraciones de derechos en los EEAA, no se podría haber solucionado siguiendo quizá esta forma de delimitar una competencia autonómica en el Texto estatutario dentro de cada uno de los títulos habilitantes. Me surge la duda, con lo que mi crítica ahora sólo puede ceñirse a un criterio formalista, es decir, no es de rigor que dentro del título dedicado a los derechos, no se haga ninguna mención a la salud, pero dentro de las competencias, de manera tan clara se recoja una proposición normativa que cumple los estándares marcados por la Jurisprudencia constitucional para estos *nuevos* derechos.

Dejando ya estos dos casos particulares, los otros cinco EEAA sí recogen de manera más o menos similar, los derechos estatutarios de la salud. Fíjese que hemos hablado de derechos en plural porque, como bien señala la rúbrica del art. 23 EACat, se trata de una serie de derechos relacionados con el “ámbito de la salud”. Conviene ahora por tanto realizar una serie de consideraciones y clasificaciones al respecto.

En lo referente al mayor o menor grado de especificaciones, por lado, nos encontramos con el art. 22 EAAnd¹⁵,

15 Art. 22 EAAnd:

“1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.

2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a:

- a) Acceder a todas las prestaciones del sistema.
- b) La libre elección de médico y de centro sanitario.
- c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten.
- d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico.
- e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad.
- f) El consejo genético y la medicina predictiva.
- g) La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos.
- h) Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos.
- i) El acceso a cuidados paliativos.
- j) La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial

seguido del art. 13.2 EACyL¹⁶, como los más prolijos y detallados, en similares términos, con algunas novedades, y desde enfoques actualizados. Por otro lado, están aquellos otros que presentan una serie de derechos más generales y consolidados en nuestro ordenamiento, así, además del art. 23 EACat¹⁷, el art.

clínico.

k) Recibir asistencia geriátrica especializada.

3. Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.

4. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores.”

16 Art. 13.2 EACyL: “Derecho a la salud. Todas las personas tienen derecho a la protección integral de su salud, y los poderes públicos de la Comunidad velarán para que este derecho sea efectivo.

Los ciudadanos de Castilla y León tendrán garantizado el acceso, en condiciones de igualdad, a los servicios sanitarios de la Comunidad en los términos que la ley determine. Asimismo serán informados sobre los servicios que el Sistema de Salud preste.

Se establecerán legalmente los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario, y entre ellos los siguientes:

a) A la intimidad y confidencialidad relativas a la propia salud, así como el acceso a su historia clínica.

b) A la regulación de plazos para que les sea aplicado un tratamiento.

c) Al respeto a sus preferencias en lo que concierne a médico y centro.

d) A recabar una segunda opinión médica cuando así se solicite.

e) A ser suficientemente informados antes de dar su consentimiento a los tratamientos médicos o a manifestar en su caso instrucciones previas sobre los mismos.

f) A recibir tratamientos y cuidados paliativos adecuados.

Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.”

17 Art. 23 EACat: “1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley.

2. Los usuarios de la sanidad pública tienen derecho al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de médico o médica y de centro sanitario, en los términos y las condiciones que establecen las leyes.

3. Todas las personas, con relación a los servicios sanitarios públicos y privados, tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos necesarios para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen por ley.”

25 EABal¹⁸ y el art. 14 EAAra¹⁹.

Estos cinco artículos tienen en común que expresamente prevén la necesidad de desarrollo legal de los derechos allí reconocidos, lo que implica una reserva de ley autonómica para el desarrollo de dicha competencia de acuerdo con el contenido de cada EA. Así, mayores serán los ámbitos reservados a la ley por el EAAnd y el EACyL.

Aunque con dicciones muy parecidas, los cinco no son unánimes, en cambio, a la hora de abordar la universalidad, la gratuidad y la igualdad del sistema así como la titularidad. Hablan de sistema universal Andalucía, Baleares y Aragón. Hacen referencia a la igualdad en el acceso al servicio público Cataluña, Castilla y León y Aragón, que es la única que habla también de acceso en condiciones de calidad. Cataluña es la única que especifica que el acceso a los servicios públicos es gratuito, sin embargo considero que este carácter debe considerarse implícito en aquellos casos en que se recoge la idea de universalidad. En este sentido solamente el EACyL es el único del que podría derivarse un sistema no constreñido por los principios de universalidad y gratuidad.

18 Art. 25 EABal: “1. Se garantiza el derecho a la prevención y a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.

2. Todas las personas con relación a los servicios sanitarios tienen derecho a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos necesarios para usarlos y sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a su historia clínica propia y a la confidencialidad de los datos relativos a la propia salud, en los términos que establecen las leyes.

3. Todas las personas con relación a los servicios sanitarios tienen derecho al conocimiento y a la exigencia de cumplimiento de un plazo máximo para que les sea aplicado un tratamiento; a ser informadas de todos los derechos que les asisten y a no padecer ningún tratamiento o práctica degradante.

4. Todas las personas tienen derecho a un adecuado tratamiento del dolor y a cuidados paliativos, así como a declarar su voluntad vital anticipada que deberá respetarse en los términos que establezca la ley.”

19 Art. 14 EAAra: “1. Todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad, y los usuarios del sistema público de salud tienen derecho a la libre elección de médico y centro sanitario, en los términos que establecen las leyes.

2. Los poderes públicos aragoneses garantizarán la existencia de un sistema sanitario público desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre los derechos que le asisten como usuario.

3. Los poderes públicos aragoneses velarán especialmente por el cumplimiento del consentimiento informado.

4. Todas las personas podrán expresar su voluntad, incluso de forma anticipada, sobre las intervenciones y tratamientos médicos que desean recibir, en la forma y con los efectos previstos en las leyes.”

Sobre la titularidad, estos artículos son reflejo de la “cierta confusión conceptual e inadecuación normativa” de la que habla Cámara, puesto que los nuevos EEAA “reconocen los derechos distinguiendo aquellos de los que son titulares todas las personas, determinadas personas en una específica situación o condición [en este caso, los pacientes o usuarios del servicio público], y los ciudadanos de la Comunidad autónoma.”²⁰ Salvo Baleares, que siempre habla de personas, los cuatro restantes distinguen a los usuarios del resto de categorías, normalmente ligados al elenco de derechos especificados, de lo que resultarán trascendentes los requisitos necesarios que determine la ley para tener la consideración de usuario, por ejemplo, si implica un carácter habitual o no, ligado también a la vecindad o residencia. A mi entender, habrá que estar a la naturaleza de cada inciso pues habrá derechos que puedan ser extendidos también a los ámbitos de medicina privada. Cataluña expresamente distingue entre los casos que sólo afectan al servicio público de aquellos derechos que deben observarse también en el ámbito privado. En todo caso esto sería deducible del art. 37.1 EACat cuando establece que los derechos vinculan a los particulares en función de su naturaleza. En sentido similar este principio sería aplicable en Andalucía (art. 38 EAAnd), Castilla y León (art. 17.1 EACyL), amén del EABal que en todo momento maneja un lenguaje universalista. *A contrario sensu*, habría que pensar que al no existir dicha cláusula extensiva de eficacia horizontal en el EAAra, los derechos referidos a los usuarios en el art. 14 EAAra no cabría extrapolarlos fuera del servicio público; con todo, dado su tenor literal no surge realmente problemática alguna pues expresamente sólo se hace referencia a la libre elección médica y al deber de información jurídica como usuario.

Entrando en el detalle de algunos de los derechos especificados, todos los EEAA (incluido aquí el valenciano en su art. 54) reiteran la necesidad de prestar el consentimiento y el derecho a recibir información previstos ya en la LGS y de manera indubitada tras la LAP. En esa información debe entenderse incluida la asistencial sanitaria, necesaria para el consentimiento informado (*ex arts. 4-13 LAP*) pero del dictado de algunos preceptos (art.22.2.c) EAAnd, art. 25.3 EABal, art. 14.2 EAAra) se deduce también que esa información incluye también la de *los derechos que les asisten*.

20 CÁMARA VILLAR, “Titulares de los derechos y destinatarios de la políticas públicas”, p. 51

Sobre la libre elección médica (art. 13 LAP), que incluye tanto facultativo como centro sanitario, está prevista en todos los EEAA que concretan los derechos de los usuarios (por tanto, todos menos el EABal). En cierto modo es lógico que este derecho se especifique en el ámbito prestacional del servicio público dado que en la medicina privada, *per se*, ya existe esa voluntariedad del paciente. Se puede decir que es una garantía del paciente, dentro de las posibilidades de la Administración, de elegir, de ejercer la autonomía en el ámbito público. Resulta trascendente para conseguir un sistema público de calidad, con lo que es evidente la razón por la que los EEAA lo han querido incluir como uno de los derechos estatutarios de salud.

En relación con lo anterior, otro índice de calidad del sistema son las denominadas listas de espera, que se han introducido como derecho estatutario en el sentido de establecer tiempos máximos para acceder a servicios o tratamientos (art. 22.2.g) EAAnd, art.13.2.pr.3.b) EACyL y art. 25.3 EABal). Sobre la segunda opinión médica, se prevé sólo en el art. 22.2.h) EAAnd y en el art.13.2.pr.3.d) EACyL. Estos derechos son un ejemplo de inclusión en el EA por relación inferior pues los mismos se encontraban ya en el ordenamiento autonómico, en concreto en el andaluz, que los prevé ya desde la Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía, en el art. 6.1.m) -tiempo máximo- y o) -segunda opinión-. De aquí observamos que en este caso la inclusión por relación inferior se produce en el EAAnd, mientras que en el castellanoleonés se realiza por imitación del andaluz.

Aunque la intimidad y la protección de datos normalmente han sido objeto de regulación específica en las nuevas cartas, ésta también tiene una proyección en el ámbito sanitario, especialmente por la historia clínica (arts. 14 y ss. LAP), la intimidad y la protección de datos del paciente. En este sentido se expresan todas menos Aragón.

Sobre los cuidados paliativos y el tratamiento del dolor están previstos expresamente en los art. 22.2.i) EAAnd, art.13.2.pr.3.f) EACyL y art. 25.4 EABal, mientras que Cataluña lo separa del artículo sobre salud y lo coloca en el intitulado derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte del art. 20.1 *ab initio*. Sin duda este derecho está íntimamente ligado, como se ve en la opción catalana, con la denominada muerte digna y las instrucciones previas (art. 11 LAP). Igual criterio que el EACat ha seguido el EAAnd cuyo art. 20.2 establece con solemnidad que “Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento

del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte.” Además del absurdo de la reiteración, aunque uno presentado con vocación universal y otro restringido a los usuarios, no se entiende la separación del articulado (tampoco en el caso catalán) puesto que, tal como está configurado nuestro Ordenamiento, este derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte es básicamente un derecho que se va a desarrollar en la cualidad de pacientes dentro de un contexto hospitalario o sanitario y sólo en este sentido cobra razón de ser la necesidad de su proclamación, una muestra más de la autonomía del paciente y la superación del paradigma paternalista en la relación médico-paciente. Sirva esto de ejemplo de que su elevación al Texto estatutario responde a criterios de oportunidad política más que a necesidades de garantías extraordinarias. Por ende, me parece más acertada la opción balear, que ha incluido dentro de los derechos estatutarios de salud un último apartado en el que prevé tanto los cuidados paliativos como la posibilidad de establecer instrucciones previas, aunque si bien no aparece la especificación de mantener la dignidad en el postrer momento vital, ésta puede deducirse del apartado 3 *in fine* cuando establece el derecho genérico a “no padecer ningún tratamiento o práctica degradante”. Por otro lado, el art. 14.4 EAAra, aunque no prevea esta visión de la muerte digna, sí hace referencia en cambio a la voluntad anticipada.

Para ir cerrando los casos concretos, señalaremos que los EEAA de Andalucía y Castilla y León presentan aspectos sectoriales, en especial cuando se refieren a los enfermos mentales, los enfermos crónicos, los que sufren enfermedades invalidantes, los grupos específicos de riesgos, o la especial atención a la geriatría (en este último caso sólo el art. 22.2.k) EAAnd).

Por último, sólo el art. 22 EAAnd ha previsto nuevos derechos como los relacionados con la medicina predictiva o el consejo genético. Este sería el único caso de aproximación de la ciencia y la investigación a los derechos estatutarios de la salud, sin que en los títulos de derechos, cosa distinta son las competencias, se haya previsto un planteamiento normativo de estos ámbitos y en especial en lo que suponen en el campo de la biomedicina, habiéndose dejado en la mayor parte de los casos para la literatura de los principios rectores.²¹

21 Véase una crítica a la falta de este tratamiento conjunto en GARRIDO CUENCA, “Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud”, en especial p. 618-621, en donde la Autora manifiesta su pesar por la falta de ambición

4. CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos estatutarios, en general, y los de salud, en particular, implican un tentativo de actualización y cercanía de la Norma estatutaria a la ciudadanía, con lo que era lógico pensar que su regulación en el ámbito sanitario sería más o menos pormenorizada, aunque ya hemos visto que todos consagran derechos *importantes* para el ámbito de la salud pero que salvo el EAAnd, y en menor medida el EACyL, apenas presentan innovaciones. En general, la redacción de los mismos está pensando en elencos para los pacientes y usuarios de los servicios públicos, con las excepciones de eficacia horizontal que hemos señalado.

En tal sentido, quizá el tenor del art. 25 EABal sea, a mi juicio, el más completo aunque no pormenorece todas las especificaciones, dado que se presenta para *todas las personas*, con las garantías más significativas, sin distinción de la naturaleza del servicio, entre las que se encuentra el consentimiento informado, así como los cuidados paliativos y la voluntad anticipada, que en el caso de Cataluña y Andalucía se han recogido, con poca fortuna a mi entender, como derechos separados, cuando es evidente que los mismos tienen especial trascendencia en el ámbito sanitario; luego deben entenderse incluidos en cierto modo entre los derechos estatutarios de salud, en su sentido plural y diverso, que hemos visto se han recogido en todos los EEAA reformados salvo las excepciones señaladas para Valencia y Extremadura.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, 1ª ed., Madrid: Iustel, 2007
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina, “El sistema nacional de salud como sistema: realidad y carencias”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 15 nº 1: 2007, p. 1-28
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (ed.), CASTELLÀ ANDREU, Josep Mª, EXPÓSITO, Enriqueta (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona: Atelier, 2008

en este punto de las reformas estatutarias, pudiéndose haber abierto el camino de actuación de la bioética si se hubiera regulado junto a los derechos estatutarios de salud, algunos aspectos de biomedicina.

- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Dir.) ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, CÁMARA VILLAR, Gregorio, MONTILLA MARTOS, José Antonio (coords.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados”, en *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 13: 2008, p. 11-31
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 11: 2003, p. 123-139
- “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del sistema nacional de salud”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 10 nº 2: 2002, p. 125-155
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ Francisco, “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 79: 2007, p. 33-46
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Veste y realidad de los derechos estatutarios”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 151: 2011, p. 57-107
- “Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)”, en *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 85: 2009, p. 259-298
- “Titulares de los derechos y destinatarios de las políticas públicas”, en Balaguer Callejón (Dir.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 21-51
- CANOSA USERA, Raúl, “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 22: 2008, p. 569-583
- “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20: 2007, p. 61-115

- CARRILLO LÓPEZ, Marc, “Los derechos estatutarios y sus garantías en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92: 2011, p. 331-354
- CORREAS SOSA, Irene, “El copago sanitario: ¿un auxilio para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema?”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 21 nº 2: 2011, p. 133-141
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La reforma del Estado de las Autonomías”, en *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, nº 2: 2006, p. 77-99
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 5: 2008
- DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, en *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 81: 2007, p. 63-70
- “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 78: 2006, p. 63-75
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier, “La regulación del derecho a la protección de la salud en los nuevos Estatutos de Autonomía: análisis crítico”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 17 nº extraordinario XVII Congreso Derecho y Salud: 2009, p. 47-65
- EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta, “Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 27: 2011, p. 481-502
- “La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, en *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, nº 5: 2007, p. 147-202
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autónomo? (comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Cizur Menor: Thomson/Civitas (Editorial Aranzadi), 2008
- FERRERES COMELLA, Víctor, BIGLINO CAMPOS, Paloma, CARRILLO, Marc, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006
- GARRIDO CUENCA, Nuria, “Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud”, en Balaguer Callejón (Dir.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 605-621
- GARRORENA MORALES, Ángel, “El derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18: 2006, p. 77-104
- LEÓN ALONSO, Marta, *La protección constitucional de la salud*, Las Rozas: La Ley, 2010
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 73: 2009, p. 71-190
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, “La cohesión del Sistema Nacional de Salud”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 12 nº extraordinario XII Congreso Derecho y Salud: 2004, p. 15-23
- ROIG MOLÉS, Eduard, “La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978? Comentario al artículo del profesor Pedro Cruz Villalón publicado en el número 2 de Revista d’Estudis Autònoms i Federals”, en *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, nº 3: 2006, p. 149-185
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (coord.), *La reforma de los estatutos de autonomía. Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “La giustiziabilità dei diritti riconosciuti dagli Statuti nello Stato Autonomico spagnolo”, en *Quaderni Regionali*, nº 2: 2012, p. 267-312
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 22: 2008, p. 315-335

- *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2006
- *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2004
- TORNOS MÁS, Joaquín, “Sistema de seguridad social versus sistema nacional de salud”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 10 nº 1: 2002, p. 1-13
- TUDELA ARANDA, José, “La ideología en el Estatuto de Autonomía de Extremadura. Derechos y principios. La reacción frente a la emulación”, en Solozábal Echavarría (coord.), *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 149-191
- TUR AUSINA, Rosario, ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad*, Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters, 2010
- VIDA FERNÁNDEZ, José, “Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 21 nº 2: 2011, p. 13-34
- VILLAR ROJAS, Francisco José, “La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid”, en *Revista Derecho & Salud*, vol. 17 nº extraordinario XVII Congreso Derecho y Salud: 2009, p. 1-15
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Estatutos, declaraciones de derechos y derechos estatutarios”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 13: 2011, p. 1-27

RACIONALIZACIÓN DE LA ATENCIÓN SANITARIA URGENTE EN ATENCION PRIMARIA

Marta E. Ramos Mayorga

*Letrada del Servicio Jurídico. Gerencia Regional de Salud.
Junta de Castilla y León*

Ana I. Rodríguez Lorca

*Letrada Jefe del Servicio Jurídico. Gerencia Regional de Salud
Junta de Castilla y León*

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. REORGANIZACIÓN FUNCIONAL DEL HORARIO DE LOS CENTROS DE GUARDIA
- III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIDA
- IV. JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDIDA ADOPTADA
 - IV.1 Actuaciones previas de los Municipios afectados
 - IV.2 Solicitud de adopción de Medidas Cautelares por los Ayuntamientos recurrentes
 - IV.3 Planteamiento jurídico para la defensa de la actuación administrativa
- V. SITUACIÓN EN OTRAS COMUNIDADES AUTONOMAS
- VI. CONCLUSIONES

PALABRAS CLAVE

Sostenibilidad, reorganización, urgencias, horarios, asistencia, subcentros.

I. INTRODUCCIÓN

Desde 1984, año de la implantación del nuevo modelo de atención primaria, no se había realizado ninguna revisión del modelo de atención a las urgencias en Castilla y León. Con el fin de conseguir un uso más eficiente de los recursos disponibles y favorecer con ello la sostenibilidad del Sistema Público de Salud de Castilla y León, en unos momentos de crisis económica tan agudizada como la que actualmente estamos viviendo, se procedió a realizar un análisis general de la situación actual de la atención a las urgencias en la Comunidad analizando todos aquellos parámetros que, de una forma u otra, tuvieran incidencia en la prestación de este tipo de atención, tales como: lugares donde se presta, volumen de la demanda por tramos horarios, composición de los equipos de guardia, dispersión, envejecimiento de la población, recursos de la Gerencia de Emergencias Sanitarias disponibles en cada Zona, etc. De las conclusiones de este análisis surgió el documento denominado **Planificación Funcional de Atención a las Urgencias** que comenzó a desarrollarse en el año 2011 y cuya conclusión se produjo en febrero de 2012 y que afecta a todos los niveles del Sistema Público de Salud regional.

Para asegurar el logro del objetivo propuesto – optimización de los recursos sanitarios disponibles tanto humanos como materiales- se proponen tres vías principales:

- Revisión del marco territorial y poblacional donde se desarrolla la atención sanitaria urgente y la estructura física y funcional que le da soporte.
- Revisión de las demandas asistenciales urgentes tanto a nivel hospitalario como extra hospitalario y la utilización de los recursos durante el año 2011.
- Determinar las medidas encaminadas a reducir las ineficiencias y duplicidades que puedan ser evitables, con el fin de dar una cobertura equitativa y eficiente de la asistencia sanitaria a la urgencia para todos los ciudadanos de la Comunidad de Castilla y León.

Se procedió al análisis de todos aquellos parámetros ya mencionados anteriormente y con la finalidad de lograr unos resultados objetivos que permitieran establecer unas propuestas eficientes para la adecuada organización de la asistencia sanitaria a la urgencia en la Comunidad de Castilla y León. Lo que hace necesario revisar el modelo de organización y adaptarlo al contexto actual, adecuando los recursos humanos y materiales a la demanda y evitando, cuando sea posible, duplicidades de servicios con el objetivo de favorecer la sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de Castilla y León.

Desde un punto de vista demográfico la Comunidad de Castilla y León cuenta con una población superior a los 2.5 millones de habitantes, siendo la más extensa de España, con cerca de 95.000 Km². en base ello su Mapa Sanitario aparece estructurado en 11 Áreas de Salud y 249 ZBS. La cobertura de las urgencias sanitarias es del 100% de la población y se presta a través de los siguientes recursos:

- 14 Complejos asistenciales.
- Los puntos de atención continuada, de los cuales 188 están ubicados en el medio rural y semi urbano y 31 en el medio urbano.
- Los Recursos de la Gerencia de Emergencias sanitarias a disposición en todo el ámbito territorial de la Comunidad. Así cuenta con:

- Ambulancias de Soporte Vital Básico
- Ambulancias Medicalizadas
- Helicópteros Sanitarios

Respecto a la atención primaria en urgencias las 11 Áreas de Salud mostraban grandes diferencias en los criterios tenidos en cuenta a la hora de organizar sus recursos humanos. Así analizados los turnos de trabajo de los profesionales y horarios de atención, se comprobó que existía una gran disparidad de unos centros a otros, y en consecuencia con una repercusión negativa en la asistencia la población¹. Excepcionalmente en ZBS rurales además de contar con la habitual atención urgente en sus centros de salud, disponían de centros de guardia ubicados en consultorios locales duplicándose, en estas ZBS, la prestación de la atención a la urgencia.

Del análisis efectuado se propusieron las siguientes medidas:

- Reorganización de los PAC Urbanos ubicados en poblaciones de más de 20. 000 habitantes concentrándoles en puntos estratégicos
- Integración en un mismo edificio de PACs rurales y PACs urbanos en aquellas poblaciones donde coexistan ambos tipos.
- Reducción de efectivos de guardia en PAC Rurales donde haya más de un efectivo de guardia por categoría en función del volumen de demanda previsto.
- Reorganización funcional del horario de funcionamiento de los Centros de Guardia ubicados en Consultorios Locales.

II. REORGANIZACIÓN FUNCIONAL DEL HORARIO DE LOS CENTROS DE GUARDIA

De acuerdo con la normativa vigente², en cada ZBS, si estuviera compuesta de varios municipios, se fijará un municipio-cabecera, donde está ubicado el

1 A modo de ejemplo el número de PAC: con población similar y en la misma capital, como es el caso de las dos Áreas de Valladolid, nos encontramos diferencias, en Valladolid Oeste tenemos 6 PAC y 3 SUAP y en Valladolid Este 5 PAC.

2 Decreto 60/1985, de 20 de junio, sobre organización funcional de las Zonas de Salud de Castilla y León y de normas para la puesta en marcha de los equipos de atención primaria.

Centro de Salud de la Zona que es, conforme a dicha normativa, precisamente, el lugar físico desde donde debe prestarse y coordinarse la atención sanitaria de nivel primario, incluida la atención a las urgencias, para todos los usuarios de la Zona de Salud.

De las 249 Zonas de Salud de Castilla y León sólo en 20 de ellas —antes de la reordenación— existían Centros de Guardia adicionales ubicados en Consultorios Locales dentro de una misma Zona de Salud en el que también se prestaba atención de urgencias. Este hecho constituía una excepcionalidad ya que solo afectaba a 20 de los 3.652 consultorios locales existentes en la Comunidad de Castilla y León, teniendo un carácter complementario, a la atención urgente que en todo caso ha de prestarse obligatoriamente con carácter continuo y continuado desde el Centro de Salud.

Se hizo un estudio específico por cada zona básica de la demanda asistencial urgente que se producía en el tramo horario de 22 a 8 horas. Los datos objetivos con que se concluye el análisis, es que dicha demanda podría ser atendida por el equipo de guardia del Centro de Salud de referencia, sin que con ello se provoque ninguna merma en la calidad de la asistencia prestada, ya que tanto los tiempos como las distancias existentes entre las localidades y el Centro de Salud son asumibles y de hecho similares a las existentes en muchas otras Zonas de Salud de la Comunidad³.

La medida concreta forma parte del “**Plan de Ordenación de Recursos Humanos en Atención Primaria**” que está en fase de tramitación administrativa. Para la elaboración del citado Plan se ha partido de un estudio previo de cargas reales de trabajo que tenía cada uno de los profesionales sanitarios que desarrollan su labor en el ámbito de atención primaria⁴.

3 Ha de tenerse en cuenta que la prestación de la atención urgente en el nivel de la Atención Primaria para el 99% de la población de Castilla y León se realiza únicamente a través de su Centro de Salud de referencia, sin olvidar el Servicio de Emergencias 1-1-2 operativo las 24 horas del día, los 365 días del año.

4 Se tiene en cuenta el lugar físico en el que el profesional desarrolla su trabajo diferenciando entre, medio rural, urbano o semiurbano dadas las diferentes peculiaridades existentes entre cada uno de ellos y el tipo de población asignada a cada profesional sanitario ponderada por tramos de edad ya que, a mayor envejecimiento, mayor demanda asistencial del usuario.

Así, la ponderación de la carga de trabajo por cada paciente se ha realizado en función de los tramos de edad, mayor a medida que aumenta el tramo de edad.

Para determinar cuál debería ser la plantilla óptima para cada EAP y con ello conocer que Equipos estaban por encima y cuales por debajo de su plantilla óptima se tienen en cuenta criterios tales como: número de usuarios residentes en cada localidad; número de consultorios que corresponde atender a cada profesional; tiempo de desplazamiento para acceder a cada consultorio desde la localidad donde está ubicado el Centro de Salud de la Zona; número total de pacientes que cada profesional ha visto en el último año natural.

En este sentido y con carácter general se puede decir que en numerosos EAP rurales la plantilla de la que disponen está muy por encima de la considerada plantilla óptima; en tanto que en los EAP del medio urbano sus plantillas suelen estar por debajo de la misma.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA MEDIDA

La reorganización del horario de los profesionales que realizan la guardia⁵, que lleva aparejada como consecuencia inmediata el nuevo horario de los centros de guardia o consultorios, se lleva a cabo a través de la llamada *Instrucción para la reordenación de la atención continuada en los subcentros de guardia*, dictada por el Gerente de Atención Primaria y siguiendo el procedimiento establecido, esto es:

- a) Informar al Delegado Territorial de la provincia donde se va a producir la reorganización.
- b) Informar a la Junta de Personal.
- c) Informar a los Coordinadores de los EAP afectados.
- d) Elaboración de una instrucción del Gerente de Atención Primaria.
- e) Información a la población afectada de la fecha en la que comienza la medida y en qué consiste la misma.

5 En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Orden SAN 276/2012, de 26 de abril, sobre organización de la Jornada ordinaria, calendario laboral y horarios en los Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud {por la que se desarrolla la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

El artículo 9.2 a), del *Decreto 24/2003, de 6 de marzo, por el que se desarrolla la estructura periférica de la Gerencia Regional de Salud*, establece que corresponde al Gerente de Atención Primaria “la organización de la actividad asistencial de los servicios sanitarios de los Equipos de Atención Primaria”. Es en este contexto donde tiene cabida la implantación de la medida de modificación del horario de funcionamiento de los Centros de Guardia, y que entraría claramente dentro de las competencias asignadas al Gerente de Atención Primaria en cada Área de Salud.

La *Ley 7/2007, de 12 de marzo, del Estatuto Básico del Empleado Público*, recoge las funciones en sus respectivos ámbitos de las Juntas de Personal y Delegados de Personal, entre las que se incluye “*tener conocimiento y ser oídos en el establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo, así como en el régimen de vacaciones y permisos*” (artículo 40.1.d) cuestión por la que la Junta de Personal fue adecuadamente informada de la medida en tiempo y forma. Además, y a pesar de que en su artículo 37.2, se excluye de la obligatoriedad de la negociación en mesa sectorial las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización siempre que no tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo, esta medida fue objeto de información en las Mesas Sectoriales del 1 y el 13 de agosto de 2013.

Asimismo se informó al Delegado Territorial, a los responsables del Equipo de Atención Primaria y a la población afectada a través de carteles informativos.

La medida fue puesta en marcha en octubre de 2012 a través de la correspondiente Instrucción del Gerente de Atención Primaria de cada área de salud afectada (Burgos, Palencia, Salamanca, Zamora).

IV. JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDIDA ADOPTADA

IV.1 Actuaciones previas de los Municipios afectados.

⁶Por el Defensor del Paciente en **Salamanca** se

6 Una vez que tuvieron conocimiento de la medida, la población de los municipios afectados crea una Plataforma contra el cierre nocturno de los consultorios, con el apoyo de sus respectivos Ayuntamientos. Comienza en Salamanca, le sigue Zamora, posteriormente, Burgos.

presenta una denuncia ante la Fiscalía para que se investigue el fallecimiento de dos personas por la mala prestación de la asistencia sanitaria urgente en la zona y que podría estar relacionado con el cierre de los consultorios. El Fiscal archiva las Diligencias abiertas por entender: por una parte, que los hechos denunciados no pueden encajar en infracción penal; y, por otra, que es una medida administrativa y que será dicho orden jurisdiccional el que, en su caso, deba proceder a su revisión.

Igual suerte corre la denuncia que se presenta ante la Fiscalía de **Zamora**, por la Asociación Defensor del Paciente, en la que se relatan unos hechos que podrían ser tipificados como delito de “omisión del deber de socorro”, derivado de la falta de asistencia, a consecuencia del cierre nocturno del centro de Muelas del Pan. El hecho consiste en una llamada recibida en el 112 –Centro coordinador desde el que se organiza la asistencia sanitaria urgente–, a las 6.30 aproximadamente de la mañana, en la que se pone de manifiesto el fallecimiento de un paciente poco antes de la 1 de la mañana. Obviamente se archiva.

En **Burgos** se presenta una queja ante el Procurador del Común, -figura análoga al Defensor del Pueblo-. El motivo de la queja es la supresión de una plaza de facultativo y otra de enfermera en el Centro de Salud de referencia. Aprovecha la Queja para emitir una Resolución en la que, a la vista del informe que se remite desde la Administración Sanitaria relativo a la reorganización de la atención urgente en el medio rural -que justifica dicha amortización- y tras hacer una exposición del derecho a la protección de la salud del artículo 43 de la C.E. y una valoración sobre la asignación de TIS a los profesionales en la zona rural⁷, incide en los motivos que llevan a la Administración sanitaria a reorganizar la atención urgente⁸ y con una crítica a las medidas adoptadas, concluye con la Recomendación de que por parte del órgano

7 “... Es evidente que detrás de cada TIS hay una persona con unas características concretas (edad, estado de salud, medio en el que vive, capacidad de desplazamiento, etc) y, a nuestro entender estas circunstancias no se han tenido en cuenta a la hora de adoptar medidas como la amortización de la plaza que ha dado lugar a la presentación de esta queja. En el caso que nos ocupa (igual que en gran parte del medio rural castellano leonés asistimos a una Zona Básica de Salud con una población con un elevado índice de envejecimiento, dispersa geográficamente (por encima de la elevada media existente en Castilla y León), con distancias medias de 35 Km. entre los núcleos de población y vías de comunicación en deficiente estado cuya situación se agrava por la climatología adversa...”

8 Copia del Auto del TSJ de Castilla La Mancha, en lo que a intromisión en las competencias de la Administración se refiere cuando es la actual situación económica la que induce a la adopción de medidas de esta naturaleza.

competente se reconsidere “... la eliminación de la asistencia sanitaria urgente en el Consultorio Local de Pradoluengo por las razones expuestas obviando criterios exclusivamente economicistas y de ratio y valorando la situación concreta tanto de la zona (geográfica y climatológica) como de los pacientes (de edad avanzada y/o pacientes crónicos)...”.

Utiliza como argumento el supuesto tiempo de desplazamiento entre el Municipio de cabecera y el resto de Municipios de la ZBS, acudiendo al artículo 1.3, del Decreto 60/1985, cuya redacción responde a un criterio organizativo, a saber, la delimitación de las ZBS⁹.

A lo anterior y con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, en Burgos y Zamora, los Ayuntamientos presentaron el requerimiento previo contra la vía de hecho -artículo 30 LRJCA-, intimando a la Administración Sanitaria en el cese de la actuación y apertura de los consultorios en horario de 22.00 a 08.00.

El requerimiento previo no es atendido al existir una actuación administrativa dictada por órgano competente -Instrucción del Gerente de Primaria- y de conformidad con el procedimiento establecido al efecto, como se ha expuesto.

IV.2 Solicitud de adopción de Medidas Cautelares por los Ayuntamientos recurrentes.

Los Ayuntamientos recurrentes de Salamanca y de Burgos¹⁰, al interponer el recurso contencioso-administrativo, solicitan, en primer lugar, la medida cautelar *inaudita parte* de restablecimiento del servicio sanitario de urgencias nocturnas prestado en el Centro de Guardia entre las 22 horas y 8 horas de la mañana del día siguiente, manteniendo abierto y a disposición de los usuarios, las 24 horas del día.

9 “...Pues bien, es evidente que en el caso que nos ocupa y dado el horario al que se refieren las urgencias entre las 15 y las 8 horas de los días laborables, así como los fines de semana y festivos, el medio de locomoción habrá de ser el automóvil dado que el transporte público de otra naturaleza tiene un horario muy restringido. Hay que tener en cuenta que muchos de los usuarios de las urgencias por su edad avanzada o su situación no disponen de este medio de transporte y que su uso se limita o dificulta mucho dadas las circunstancias orográficas y climatológicas principalmente de la zona...”

10 En Zamora al día que se redacta la presente comunicación no han acudido a la vía contenciosa, con lo que se puede presumir por el plazo transcurrido que no interpondrán recurso contencioso-administrativo.

Tramitada en pieza separada, se dicta Auto en el que se desestima -en todos los Juzgados¹¹ la medida solicitada, al no apreciar circunstancias de especial urgencia por el tiempo transcurrido desde que la medida fue puesta en funcionamiento¹². Lo anterior sin perjuicio de que se ordene la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 LRJCA, con audiencia de la Administración.

Para la adopción de la medida cautelar del artículo 131 citado, los recurrentes se basan: por una parte, en el riesgo de mayores daños o peligros para la salud por el tiempo que se va a utilizar en los desplazamientos ante situaciones críticas para la vida humana, puntualizando en la edad de la población, que se encuentra envejecida y con escasos medios de transporte; y, por otra, en el supuesto colapso por saturación del Centro de Salud del municipio cabecera.

Como argumentación jurídica para justificar el denominado *periculum in mora*, así como el *fumus bonis iuris* acuden a:

- El Auto 17 de enero de 2013, del TSJ de Castilla-La Mancha, que entienden es un supuesto idéntico.
- La Ley 8/2010 de 30 de agosto, de Ordenación del sistema de Salud de Castilla y León, en el que se establece que la atención de guardia debe ser de 24 horas, que era como se venía prestando.
- La vulneración de lo dispuesto en el Real Decreto 137/1984, con redacción similar al Decreto (autonómico) 60/1985, que en el artículo 1.3, al delimitar las Zonas de Salud, si estuviera formada por varios municipios, se fijará un municipio-cabecera que no debe distar del resto de municipios de la Zona un tiempo superior a 30 minutos, utilizando los medios habituales de locomoción.

Señalan que se provoca una incertidumbre incompatible con la actividad prestacional sanitaria en lo relativo al servicio de urgencias nocturnas. Aportan un acta notarial en que se constata que la distancia más corta excede en algunos municipios de la zona en esos 30 minutos, lo que puede dar lugar

11 En turno de reparto, tanto en Salamanca, como en Burgos los dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que funcionan en cada una de ellas ha conocido del asunto.

12 En Salamanca el nuevo horario se empieza a aplicar el 15 de octubre de 2012 y la solicitud de la medida cautelar tiene entrada en el juzgado el 8 de febrero de 2013; en Burgos fue el 1 de octubre de 2012 cuando empieza a regir nuevo horario y el requerimiento previo se presenta el 14 de febrero.

a perjuicios de imposible o difícil reparación que se concretan en el riesgo de mayores daños o peligros para la salud provocados por el mayor tiempo que requieren los desplazamientos.

IV.3 Planteamiento jurídico para la defensa de la actuación administrativa

Desde los Servicios Jurídicos de la Comunidad se organiza la oposición a lo solicitado, en base a lo siguiente:

1 Dejar planteada la inadmisibilidad del Recurso Contencioso-administrativo.

Atendiendo a que las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico español siguen siendo instrumentales y sólo pueden producirse dentro de un proceso que cumpla con todos los elementos necesarios para ser sustanciado, de los que carecen los planteados en los que se aprecian evidentes signos que llevan aparejada la inadmisibilidad –incluso a trámite–, las causas de inadmisibilidad que se invocan son:

- Inexistencia de la vía de hecho, que determina la improcedencia de la medida cautelar.
- Carácter inimpugnable de la Instrucción del Gerente de Atención Primaria.
- El carácter extemporáneo del recurso contencioso administrativo.

2 Oposición a la adopción de la medida cautelar.

IV.3.1 Inadmisibilidad del Recurso Contencioso-Administrativo

Inexistencia de la vía de hecho, que determina la improcedencia de la medida cautelar.

El artículo 51 de la LRJCA determina en su párrafo tercero que cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado podrá también inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y de conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido, resolviendo por Auto dicha cuestión.

Para que pueda apreciarse la existencia de la actuación material constitutiva de la vía de hecho ha de

darse alguna de las siguientes circunstancias:

a) Inexistencia de acto administrativo que legitime la actuación, bien porque la Administración hubiera iniciado sin haber adoptado previamente acto alguno que le sirva de fundamento, bien porque, aun existiendo el acto y siendo válido, la ejecución material nada tenga que ver con los supuestos de hecho del mismo, o bien porque el acto incurra en tan grave defecto que carezca de toda fuerza legitimadora de la misma.

b) Irregularidad que afecte a la ejecución material en sí misma considerada, de tal manera que adolezca de vicios tan graves que conviertan la ejecución en una vía de hecho, pese a la existencia de acto administrativo legitimador y válido.

La vía de hecho no concurre a la luz de la actuación que se impugna, la existencia de la Instrucción del Gerente de Primaria se reconoce por los distintos recurrentes, incluso con anterioridad a su puesta en marcha, siendo una instrucción pública, conocida, comunicada y dictada por órgano competente para ello y siguiendo el procedimiento establecido al efecto.

Carácter inimpugnable de la Instrucción del Gerente de Atención Primaria.

La Instrucción del Gerente de Atención Primaria se dicta al amparo del artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), por tanto tiene un carácter interno, en la misma se establecen unos horarios de trabajo especiales con base en la Orden SAN 276/2012, de 26 de abril, sobre organización de la jornada ordinaria, calendario laboral y horarios en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud.

El carácter extemporáneo del recurso contencioso administrativo

Puesta en funcionamiento la medida en octubre¹³, el requerimiento previo en Burgos y Zamora, o el recurso contencioso administrativo en Salamanca se presenta en febrero. Por tanto, aun cuando entendiéramos que pudiera configurarse como vía de hecho, los plazos para interponer bien el requerimiento previo, bien directamente recurso contencioso admi-

¹³ El 1 de octubre en Burgos; el 11 de octubre en Zamora; y el 15 de octubre en Salamanca.

nistrativo, son los previstos en el art. 46. 3 LRJCA, esto es, 10 días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30 en caso de requerimiento previo; y si no hubiere, el plazo será de 20 días desde el día en que se inició la actuación administrativa de la vía de hecho, por lo que hay que concluir que superados los plazos ampliamente, el recurso es extemporáneo.

IV.3.2 Oposición a la adopción de la medida cautelar

Para el caso de no prosperar las excepciones procesales se plantea la oposición a la adopción de la medida cautelar admitida a trámite -la regulada en los artículos 129 y ss. LRJCA-, analizando cada uno de los requisitos exigidos para su otorgamiento, consignados en la LEC y aceptados por la jurisprudencia contenciosa, y que serían los siguientes:

- Necesidad de justificación o prueba. En el régimen jurídico de las medidas cautelares no *inaudita parte* (las ordinarias), sólo procede la “adopción de la medida cautelar” en el supuesto en que se acredite –por la parte actora- que de no adoptarse, la ejecución del acto haría perder al recurso su finalidad legítima. Esto es, toda la carga de alegar y acreditar corresponde a la recurrente.

Al solicitar la reapertura del servicio de urgencias nocturnas, con carácter cautelar, se alude a hipotéticos riesgos¹⁴, que no son más que indicios de un supuesto peligro, con lo que se puede concluir que se está reconociendo la inexistencia de perjuicios reales, ciertos, acreditados y efectivos en el momento de solicitar dicha medida cautelar.

- Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. En el caso que nos ocupa, la adopción de la medida solicitada –reanudación de la prestación del servicio de urgencias en el centro de guardia- supone la satisfacción directa, y sin respetar el 24.2 CE -derecho a un proceso con todas las garantías-, de la pretensión que sin duda habrá de deducirse en el escrito de demanda.¹⁵ La petición

consignada en el escrito de demanda como pretensión principal del litigio es coincidente con la medida cautelar solicitada.

- Entrando a formular alegaciones a las específicamente formuladas en el del escrito de interposición, y recordando de nuevo que la carga de la prueba incumbe a quien alega y pide, procede decir:

Con carácter general, la comparación con la situación de Castilla-La Mancha no es factible, además de que la solicitud en Castilla-La Mancha se formuló dentro de los plazos establecidos legalmente para su impugnación, porque allí se vieron afectados Centros de Salud, en tanto que en Castilla y León la medida afecta, como tantas veces se ha dicho ya, a Consultorios, de ahí el distinto instrumento jurídico utilizado en una y otra Comunidad; ni siquiera se comparan los ordenamientos aplicables en cada supuesto.

En cuanto a la alteración de la situación preexistente, hay que tener en cuenta que constantemente se producen modificaciones en las situaciones que se ven sometidas a las variaciones que la realidad va imponiendo en cada momento, ya que no se trata de un derecho adquirido.

Respecto de la vulneración del RD 137/1984 y del Decreto 60/1985, que afirman los recurrentes, primero señalar que es una norma cuyo contenido es organizativo -se propone que el municipio cabecera sea equidistante del resto de Municipios de la ZBS-, a lo que hay que añadir la posibilidad que se brinda de acudir, al Centro que esté más cercano, aun cuando no sea el propio, que no superaría de ninguna manera los tiempos.

IV.3.3 Resoluciones Judiciales

Los Autos¹⁶ recogen las alegaciones de la administración, afirmando que no ha existido vía de hecho. Centrado el concepto de Consultorio y reconociendo su función complementaria en la actividad asistencial, con respeto al procedimiento establecido, concluyen que la actuación realizada por la Administra-

14 ... de mayores daños o peligros para la salud provocados por el mayor tiempo en el desplazamiento y mayor número de derivaciones al centro de salud con posibilidad de saturación del mismo.

15 Sería una situación equiparable a la petición de medida de suspensión de acto negativo: negación de negación es concesión de lo pedido. Que trasladado a este supuesto implicaría: reanudación de lo interrumpido es conceder lo

pedido –o por pedir–.

16 Auto 24/2013, de 21 de febrero, JCA 1 de Salamanca; Auto 34/2013, de 21 de febrero, JCA 2 de Salamanca; Autos de 11 de abril de 2013 del JCA 1 de Burgos en Pieza Separada de Medidas Cautelares n. 16, 17, 18 y 19; Autos de 9 de abril y 15 de abril del JCA 2 de Burgos en Pieza Separada de Medidas Cautelares n. 1, 2 y 3.

ción –reorganización del horario de los profesionales que realizan la guardia de conformidad con el artículo 8.1 de la Orden SAN 276/2012, de 26 de abril, sobre organización de la Jornada ordinaria, calendario laboral y horarios en los Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud por la que se desarrolla la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras- se encuentra amparada en una resolución administrativa dentro de las competencias que le son propias. Reconocen, en principio, las competencias del Gerente de Primaria al efecto, de conformidad con las normas orgánicas en virtud de las cuales se distribuyen las competencias, *“Cuestión distinta es que la parte recurrente no esté de acuerdo con el procedimiento seguido, la normativa aplicada o la suficiencia en la necesaria publicidad, todo lo cual podría constituir unos presuntos defectos que no pueden nunca fundamentar una vía de hecho sino, en todo caso, motivar la nulidad o anulabilidad de la actuación administrativa, lo que forma parte de la cuestión de fondo que no puede entrar a analizarse en la presente pieza separada de medidas cautelares entre los distintos órganos”* (JCA 1 de Burgos).

Los Autos han sido recurridos en Apelación ante el TSJ de Castilla y León. De momento no han sido resueltos los Recursos interpuestos.

En Salamanca ya se ha dado traslado a la Administración para contestar a la demanda, habiéndose presentado escrito formulando alegaciones previas para que se declare la inadmisibilidad del recurso, debido a la inexistencia de la vía de hecho, conforme con el artículo 58.1 LRJCA.

V. SITUACIÓN EN OTRAS COMUNIDADES AUTONOMAS

A día de hoy, siete Comunidades Autónomas han modificado el horario de funcionamiento de los centros de guardia y centros de salud, incluso han cerrado algunos de sus centros de guardia en el nivel de atención primaria:

Baleares.- En el Plan de Equilibrio Financiero se prevé el cierre de los centros de salud por las tardes. Así, los centros de salud ofrecerán atención programada hasta las 17.30 horas a partir del 2 de julio. Según un estudio realizado el 88 % de las visitas programadas en las Islas Baleares tienen lugar entre las 8 de la mañana y las 5 de la tarde, y el 60% se concentran entre las 9 y las 12 del mediodía, por tanto, las

Islas Baleares ofrecerán atención programada desde las 8.00 h hasta las 17.30 h de lunes a jueves y hasta las 15.00 h los viernes. Durante el resto de horas se activarán los servicios urgentes de atención primaria (SUAP) y los puntos de atención continuada (PAC), destinados a la atención urgente de la población, también se establece el incremento de la jornada laboral de los trabajadores públicos de 35 a 37,5 horas.

Cataluña.- Se han suprimido en el año 2011 las urgencias nocturnas en 60 Centros de un total de 140 que abrían todo el día. Así la gestión del nuevo sistema recae sobre el Sistema de Emergencias a través de su Centro Coordinador correspondiente.

Extremadura: Cerró quince puntos de guardia y redujo el horario en otros seis, no obstante, se volvió a modificar el mapa de las urgencias rurales no reabriéndose totalmente (noche y madrugada no se incluyen) y ampliándose en doce, aunque de distinta forma.

Madrid.- Ha procedido también al cierre de las urgencias nocturnas en varios Centros de Salud.

Murcia.- Ha suprimido el horario nocturno en cinco puntos de atención a las urgencias en atención primaria.

Navarra.- El Decreto Foral 131/2012, de 19 de diciembre, por el que se regulan el horario y el funcionamiento de los centros sanitarios de Atención Primaria, de los Puntos de Atención Continuada y Urgente y las modalidades de atención continuada y urgente, -vigente hasta el 26 de febrero de 2013- como su propio nombre indica, regulaba el horario y el funcionamiento de los centros sanitarios de Atención Primaria y de los Puntos de Atención Continuada y Urgente, estableciendo como modalidades de atención continuada y urgente: Sistema de Atención Continuada y Urgente; Sistema de Localización de Atención Continuada y Urgente.

Este Decreto ha sido derogado el 26 de febrero de 2013, por la Ley Foral sobre atención sanitaria continuada y urgente que deroga el Decreto Foral 131/2012 y para evitar un vacío legal han aprobado una enmienda a la proposición de ley que deroga el Decreto para seguir aplicando de forma temporal el aprobado en 1997, que contó con un acuerdo mayoritario de las instituciones y los profesionales.

Castilla la Mancha.- Por Orden de 20 de noviembre de 2012, se regula la Atención Sanitaria Ur-

gente y Continuada en las ZBS, entrando en vigor en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, el 14 de enero de 2013.

Mediante Auto de 17 de enero de 2013, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el procedimiento ordinario 13/2013, pieza separada de medidas cautelares 3/2013, se produjo la adopción de medida cautelarísima, solicitada por el Ayuntamiento de Tembleque, -suspensión de la citada Orden, inaudita parte, sin intervención de la Administración autora de la norma-. Presentadas alegaciones por la Administración autonómica, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha comunica la necesidad de conformar en su seno la llamada “Sala de discordia” regulada en el artículo 262.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, con la finalidad de dirimir las distintas posturas existentes entre los magistrados respecto al mantenimiento o no de las medidas citadas, dictándose Auto de 29 de enero de 2013 por el cual se acoge la petición subsidiaria de levantamiento de medida cautelarísima solicitada por la Administración autonómica y se acuerda mantenerla con carácter provisional respecto del Ayuntamiento demandante -Tembleque-, extendiéndose mediante Providencia la citada medida a otros dos Ayuntamientos recurrentes que así la habían solicitado, y acordándose respecto de otros Ayuntamientos que también presentaron los correspondientes recursos contencioso administrativos con petición de medida cautelarísima.

La Administración en desacuerdo con tal suspensión progresiva de su disposición, interpuso recurso de reposición contra los Autos de establecimiento de medidas cautelares, siendo desestimado, aunque con el parecer en contra de dos magistrados manifestado en sendos votos particulares, mediante Auto de fecha 5 de marzo de 2013.

En base a lo anteriormente expuesto, la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales mediante Orden de 25 de marzo de 2013, deroga la Orden de 20 de noviembre de 2012, sobre la Atención Sanitaria Urgente y Continuada en las ZBS. En la exposición de motivos se indica que la racionalización de *la atención sanitaria urgente que se presta en las zonas básicas de salud, con el fin de optimizar la utilización de los recursos* ...se llevará a cabo en el marco del sistema normativo vigente, en concreto al amparo del artículo 12.1 de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del

Plan de Garantías de Servicios Sociales y 51 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha.

VI. CONCLUSIONES

En Castilla y León la reorganización de la atención sanitaria urgente en atención primaria, en ningún caso ha afectado a uno solo de los centros de salud rurales con los que cuenta nuestra Comunidad, en los cuales se sigue prestando atención a las urgencias con el mismo horario que se ha venido haciendo siempre.

La medida de reducción del horario de funcionamiento de la atención urgente ha afectado a 17 Centros de Guardia ubicados en consultorios locales, en los cuales la atención a las urgencias estaba duplicada. En estas Zonas y a pesar del cierre nocturno de los Centros de Guardia la atención queda garantizada desde el Centro de Salud de su Zona donde se presta y siempre se ha venido prestando atención urgente 24 horas al día, los 365 días del año.

Tal y como se desprende de las Resoluciones Judiciales dictadas hasta el momento, podemos afirmar que la actuación realizada para llevar a cabo esta reorganización se ha realizado sin incurrir en vía de hecho.

Esto ha permitido que se logren poner en funcionamiento unas medidas que no van a tener repercusión, a priori, ni en el nivel, ni en la calidad asistencial prestada a los usuarios, con la garantía, en todo caso, de una asistencia urgente, continuada, integral, permanente y siempre accesible.

ABREVIATURAS:

EAP: Equipos de Atención Primaria.

PAC. Punto de atención continuada.

SUAP: Servicio de Urgencias de Atención Primaria.

TIS: Tarjeta individual sanitaria.

ZBS: zona básica de salud.

LEC. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LRJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

JCA: Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

PROCEDIMIENTOS DE PROVISION DE JEFATURAS DE CARÁCTER NO ASISTENCIAL EN INSTITUCIONES SANITARIAS

Lola González García

*Grupo de Gestión de la Función Administrativa
Secretaría General. SESCOAM*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. REGULACIÓN EN LAS CCAA
3. SISTEMA DE PROVISIÓN
 - 3.1 Libre designación.
 - 3.2 Publicidad de las convocatorias.
 - 3.3 Requisitos de participación: Tipo de personal
4. CONCLUSIONES

RESUMEN

Transcurridos diez años desde la aprobación del Estatuto Marco, el presente trabajo analiza, los procedimientos establecidos para la provisión de puestos de jefaturas de carácter no asistencial en instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, qué CCAA han cumplido con el encargo ordenado por el EM sobre el desarrollo de la normativa básica, centrándose en los sistemas de provisión de estos puestos, así como los aspectos más conflictivos surgidos de la interpretación de la escasa normativa y resueltos por la jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 149.1.18, atribuye al Estado como competencia exclusiva, el establecer las bases del régimen estatutario de sus funcionarios.

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud establece las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el SNS. Señala, el art. 2 que en lo no previsto en esta Ley serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, si no existe regulación en la CCAA).

El capítulo VI, del EM regula la provisión de plazas, selección y promoción interna. En relación a la provisión de plazas del personal estatutario, dispone el art. 29, que se realizarán por los sistemas de selección de personal, promoción interna, movilidad, reingreso al servicio activo y libre designación. En este último caso, encomienda a cada servicio de salud determinar que puestos pueden ser provistos mediante este sistema.

La Disposición derogatoria única del EM, entre otras normas deroga el Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Sin embargo, la Disposición transitoria sexta, establece que se mantendrá vigente, con rango reglamentario y sin carácter básico, y en tanto se proceda a su modificación en cada servicio de salud, dicho Real Decreto.

El presente trabajo, analiza los procedimientos establecidos para la provisión de puestos de jefaturas de carácter no asistencial en instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, qué CCAA han cumplido con el encargo ordenado por el EM sobre el desarrollo de la normativa básica, centrándose en los sistemas provisión de estos puestos, la publicidad de las convocatorias y los requisitos de participación, así como los criterios establecidos por la jurisprudencia, como consecuencia de los conflictos surgidos de la interpretación de la escasa normativa.

2. REGULACIÓN EN LAS CCAA

ANDALUCÍA

- Decreto 75/2007, de 13 de marzo, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud.

ARAGÓN

- Decreto 37/2011, de 8 de marzo, del Gobierno de Aragón, de selección de personal estatutario y provisión de plazas en los centros del Servicio Aragonés de Salud.

ASTURIAS

- Acuerdo de 11 de noviembre de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del SESPAS.
- Resolución de 17 de junio de 2010, de la Dirección Gerencia del SESPAS por la que se regula provisionalmente el procedimiento de provisión de jefaturas de servicio, de sección y coordinadores médicos de carácter asistencial en los centros e instituciones sanitarias de atención especializada del SESPAS.

BALEARES

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de mayo de 2011 por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad por el que se regula el sistema de provisión de los cargos no directi-

vos del personal estatutario de gestión

- Resolución de 23 de mayo de 2011, del Director General del Servicios de Salud de las Islas Baleares, se dictan instrucciones para la aplicación del Acuerdo de Mesa Sectorial de Sanidad de 22 de marzo de 2011, por el que se regula el sistema de provisión de los cargos no directivos del personal estatutario de gestión y servicios.
- Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 18 de enero de 2013 por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 5 de diciembre de 2012 por el que se modifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 22 de marzo de 2011 por el que se regula el sistema de provisión de los cargos no directivos del personal estatutario de gestión y servicios del Servicio de Salud de las Illes Balears.

CANARIAS

- Decreto 123/1999, de 17 de junio, Selección de personal estatutario y la provisión de plazas básicas y puestos de trabajo en los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud,
- Orden de 31 de octubre de 2012, sobre el procedimiento para la provisión de los puestos de Jefaturas de Servicio y de Sección de carácter asistencial en las unidades de asistencia especializada de los órganos de prestación de los servicios sanitarios del Servicio Canario de Salud.

CANTABRIA

- Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria,

CASTILLA – LA MANCHA

- Decreto 89/2005, de 26 de julio, de provisión de jefaturas de carácter asistencial del SESCOAM.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 2/2007, de 7 de marzo, Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León

EXTREMADURA

- Decreto 152/2006, de 31 de julio, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo de Jefes de Servicio y de Sección de carácter asistencial de Atención Especializada del Servicio Extremeño de Salud

GALICIA

- Decreto 206/2005, de 22 de junio, de provisión de plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud.
- La Orden de 24 de mayo de 2006 establece las bases del procedimiento de los puestos de jefatura y coordinación de las instituciones sanitarias del SESGA.

NAVARRA

- Orden Foral 465/2001, de 3 de octubre, regula los procedimientos de provisión de Jefaturas de Sección y de Unidad no asistenciales y de las Jefaturas de Unidad de Enfermería del Servicio Navarro de Salud.

VALENCIA

- Decreto 7/2003, de 28 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Reglamento de Selección y Provisión de plazas de Personal Estatutario al Servicio de IISS de la Generalitat Valenciana.

Una vez transcurridos 10 años, desde la aprobación del Estatuto Marco, se puede comprobar que, 12 de las 17 CCAA, han regulado parte de este mandato. Algunas de ellas han aprobado mediante Ley el estatuto jurídico del personal estatutario como Cantabria y Castilla y León. En cuanto a las jefaturas de carácter asistencial lo han regulado, como procedimiento independiente: Aragón, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Galicia y Extremadura, mediante Decreto, Orden o Resolución. Y respecto a los procedimientos de provisión de jefaturas de carácter no asistencial, nos encontramos que lo han regulado: Andalucía, Baleares, Galicia, Navarra y Valencia.

La falta de regulación del procedimiento de jefa-

turas de carácter no asistencial, ha originado numerosos conflictos en cuanto al **sistema de provisión** que se debe emplear para la cobertura de estas plazas, la **publicidad de las convocatorias** o los **requisitos para el acceso**.

3. SISTEMAS DE PROVISIÓN

El art. 23.2 de la CE, reconoce como derecho fundamental de los ciudadanos acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, correspondiendo al legislador determinarlos dentro del debido respecto a los principios establecidos en el art. 103.3 de la CE. Además, en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre empleados públicos operan también criterios encaminados a la consecución de mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos; pero sobre todo, la objetividad debe presidir la provisión de puestos de trabajo, justamente por cuanto se encuentra constitucionalmente prohibida la arbitrariedad manifestada mediante la reserva explícita o encubierta de funciones públicas ad personam y, en consecuencia, la provisión no puede venir guiada por acepciones o pretericiones individuales.¹

Entre los derechos del personal estatutario, recogidos en el art. 17 del EM, figura la movilidad voluntaria, la promoción interna y el desarrollo profesional, en la forma en que prevean las disposiciones en cada caso aplicables.

Dentro del desarrollo profesional, el personal estatutario puede optar por la promoción interna, a través del sistema de selección regulado en el art. 34 del EM, la promoción interna temporal regulado en el art. 35 y una vez superado un proceso selectivo con nombramiento en propiedad o el acceso a jefaturas dentro del grupo al que perteneces (jefaturas de grupo, sección, servicio, regulado en el RD-L 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social).

El tema objeto de este estudio son los procedimientos de provisión de jefaturas y estas se ocuparán a través los sistemas previstos tanto en el EM como en el EBEB: el sistema de “concurso” y el de “libre designación”. El conflicto surge entre los dos siste-

¹ STSJ Illes Balears nº 599/2009, de 10 de septiembre. Fundamento segundo

mas, debido a que la Ley guarda silencio respecto a cuándo se debe utilizar uno u otro. Pues bien, la jurisprudencia ha ido dando respuesta a este conflicto, considerando que el sistema ordinario de provisión es el concurso, y con carácter excepcional se debe recurrir al sistema de libre designación.

Sentada la base de que al sistema de libre designación sólo se debe recurrir con carácter excepcional, quedaría por aclarar qué puestos son merecedores de tal denominación. Así pues, señala el TC, que será aplicable el sistema de libre designación a puestos determinados – puestos directivos y de confianza que la Ley relacione- atendiendo a la especial responsabilidad de sus funciones, estableciendo que las RPT, son el instrumento en el que se determina el sistema de provisión aplicable y que estas han de ser públicas, debiendo incluir la denominación y características esenciales de la especial responsabilidad de los puestos de trabajo de libre designación.² En el caso de personal estatutario el instrumento para determinar el sistema de provisión serían las plantillas orgánicas.

3.1 Provisión mediante libre designación

La libre designación, es uno de los sistemas de provisión de plazas, previsto tanto en el Estatuto Marco, como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Concretamente, el EM, atribuye a las CCAA, determinar los puestos que pueden ser provistos mediante el citado sistema, de acuerdo con los principios básicos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que rigen los sistemas de provisión de plazas de los empleados públicos.

Aunque el Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, se encuentra derogado por la Disposición derogatoria única del EM, la Disposición transitoria sexta, establece que se mantendrá vigente, con rango reglamentario y sin carácter básico, y en tanto se proceda a su modificación en cada Servicio de Salud.

Como se ha podido comprobar a lo largo de los años, y por la falta de regulación en estos procesos, recurrir a este sistema de provisión ha supuesto numerosos conflictos entre la Administración y los empleados públicos, debido a la arbitrariedad de aquella a la hora de decidir el sistema de provisión que se

debía emplear para determinados puestos.

Afirma la **STS de 10 de abril de 2000** que el sistema de libre designación, difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio; ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos³:

- a) Tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso.
- b) Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.
- c) Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad).
- d) La objetivación de los puestos de esta última clase (“especial responsabilidad”) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, “en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos” y serán públicas.

Recuerdan los Tribunales, que recurrir al sistema de libre designación, se configura como excepcional tanto en la Ley 30/84 como ahora en el EBEP, debiéndose ajustar a las exigencias que se desprenden de ellos y de la jurisprudencia que exige una justificación suficiente a la hora de recurrir a este sistema de provisión, señalando al efecto⁴:

- a) Que no es suficiente que en la memoria o informe de justificación se exprese que el puesto de trabajo es de confianza, inspección, de especial dificultad, etc. sino que *es preciso que se exprese que las concretas funciones que se realizan en dicho puesto de trabajo*

³ Mas recientemente, el **TSJ de Asturias, 30 de abril de 2010**, recuerda los elementos que delimitan el perfil del sistema de libre designación y anula el Acuerdo del Consejo de Gobierno asturiano, de 15 de mayo de 2008, por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario por entender que se hace un uso indebido del sistema de libre designación. Analizado caso por caso, los puestos, se anulan la provisión por el procedimiento de libre designación de los puestos cuyas funciones no han justificado la especial responsabilidad y confianza que se requiere para recurrir a este sistema. Posteriormente, la **STS de 21 de mayo de 2012**, confirma el fallo del TSJ de Asturias al considerar que se ajusta a las exigencias que se desprende de la legislación y de la jurisprudencia que exige una motivación específica y concreta las razones por las que se recurre al procedimiento excepción de libre designación.

⁴ **4 STS, de 7 de abril de 2008**, Fundamento Quinto, sienta la doctrina sobre cuando existe justificación suficiente en la elección del sistema excepcional de libre designación

² STC nº 207/88, 191/91, 200/91, 293/93 y 235/00

impliquen esas características.

- b) Que no es suficiente una *justificación* genérica, sino *específica* de cada puesto.
- c) Que la provisión del puesto de trabajo no admite el sistema de libre designación si está subordinado a otras estructuras organizativas que relativicen el carácter directivo del puesto de trabajo.

En relación al carácter extraordinario de provisión de puestos por libre designación, señala la reciente **STS de 22 de junio de 2012** que, *“es preciso demostrar y no solo motivar formalmente, que efectivamente dicho puesto no puede ser cubierto por los procedimientos ordinario de provisión (concurso), entre funcionarios habilitados para ello. Esto viene exigido por el derecho de los funcionarios a su carrera profesional y ocupar los puestos de trabajo en función del mérito y capacidad, e incluso por el principio de eficacia y economía que debe regir en la actividad administrativa”*.

Además, el art. 23 del citado RD prevé que los puestos de “jefatura de unidad” se proveen mediante el sistema de libre designación, por lo que se desprende que no se admite recurrir al citado sistema para proveer otras estructuras distintas, tales como las Jefaturas de secciones, grupos y equipos. Así lo señalan **las Sentencias del TSJ de Castilla – La Mancha, de 20 de febrero y 29 de julio de 2004**, declarando no ajustado a Derecho la provisión por el sistema de libre designación los puestos de trabajo en cada uno de los centros de gestión de la Dirección Provincial del INSALUD de Albacete de Jefe de Sección, de Grupo, de personal subalterno, de encargado de equipo de personal de oficio y de conductores de instalaciones.

Igualmente queda fijado mediante numerosas Sentencias, no ser conforme a Derecho, recurrir al sistema de libre designación, para la provisión de puestos intermedios como Jefe de Cocina, Jefe de Grupo de Dirección o Jefe de personal subalterno, porque se trata de puestos cuya naturaleza solo permite advertir en ellos una actividad de gestión ordinaria en la que no se aprecian las notas de superior dirección y responsabilidad que resultan necesarias para recurrir a este sistema y que se considere justificado.⁵

⁵ **STS de 30 de junio de 2010**, que anula el Anexo I del Decreto 206/2005, de 22 de julio, de provisión de plazas de personal estatuario del Servicio Gallego de Salud, por considerar que los puestos de trabajo de jefe de grupo de dirección, jefe de cocina y jefe de personal subalterno, carecen del requisito de

Por último, señalar que, la Administración, en virtud de la potestad organizadora, puede configurar su estructura administrativa, a través de la relación de puestos de trabajo (RPT), o bien a través de las plantillas orgánicas del personal estatuario de los Servicios de Salud. Esta potestad es por esencia una potestad discrecional, sin embargo, debe estar guiada por el interés público y en estos casos, por los principios recogidos en el art. 103.1 de la CE. Pues bien, la Administración al configurar la RPT o las plantillas orgánicas, tiene la facultad de poder recurrir al sistema de libre de designación, pero debe recoger de forma justificada la elección de recurrir a este sistema excepcional, ya que si no existe motivación, las plantillas orgánicas son contrarias al ordenamiento jurídico.⁶

3.2 Publicidad de las convocatorias

El principio de publicidad es uno de los principios rectores de acceso a la función pública, junto con los principios de transparencia, imparcialidad y objetividad para poder cumplir con los principios establecidos en la Constitución. La especial relevancia que merece este principio, es la finalidad que se persigue con el mismo, que es hacer posible el conocimiento de la convocatoria a cualquier interesado, a través de los medios previstos legalmente (BOE, Diario Oficial, etc..).

El art. 23.2 del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatuario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, establece que la convocatoria para la provisión de tales puestos se publicará en los tablones de anuncios de las instituciones sanitarias del sector o área de salud o, en su caso, de la provincia a que correspondan los puestos ofertados. Sin embargo, el art. 4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco del personal estatuario de los Servicios de Salud, recoge entre los principios y criterios de ordenación del régimen estatuario, *“igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condi-*

superior dirección y responsabilidad para considerar justificada la elección del sistema de libre designación.

⁶ Así lo declaró el **TSJ de las Islas Baleares, en Sentencia de 13 de mayo de 2010**, refiriéndose a las Sentencias del TS de 24 de febrero de 2004, 30 de marzo de 2007 y 7 de abril, 2 de junio, 30 de junio y 8 de octubre de 2008, que señalaron que la Administración puede optar por el sistema de libre designación, pero su adopción no es libre sino que, precisa motivar la especial naturaleza de los puestos a cubrir y la concurrencia de las causas que justifican la excepción al procedimiento normal de provisión. Es decir, ha de acreditarse que concurren la especial responsabilidad y confianza.

ción de personal estatuario” y “libre circulación del personal estatuario en el conjunto del SNS”. Más concretamente en relación con la provisión de plazas, el art. 29 establece que ésta se regirá por unos principios básicos, entre ellos los siguientes: “igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud” o “movilidad del personal en el conjunto del SNS”.

Parece claro que la controversia entre las dos normas citadas, se puede resolver en virtud del principio de jerarquía normativa, aplicando el EM, que tiene rango de Ley, en lugar del RDL 1/1999, puesto que tiene rango reglamentario y en virtud del principio de temporalidad “*ley posterior deroga al ley anterior*”. Aún así, es conocida por todos la numerosa jurisprudencia respecto a la publicidad de las convocatorias.

La cuestión que se plantea en el desarrollo de estos procesos, es si resulta suficiente con la publicación de la convocatoria en el tablón de anuncios del área de salud o provincia que corresponda para cumplir con el principio de publicidad. Analiza esta cuestión **el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander, en Sentencia de 12 de noviembre de 2001**, al examinar si la publicidad mediante la exposición en el tablón de nuncios de un hospital durante diez días era suficiente para calificarlo de convocatoria pública en un proceso de provisión mediante promoción interna. Concluye el Juzgado que “*resulta insuficiente en aras a la efectividad del principio de libre circulación del personal estatuario en el conjunto del SNS, pues, difícilmente,, por un anuncio en un tablón de un hospital, puede garantizarse la libre concurrencia de posibles peticionarios de las plazas que se convocan de entre los del conjunto del SNS, lo que vulnera el principio de igualdad en el acceso a la función pública, constitucionalmente consagrado en el art. 23.2 de la Constitución, provocando la nulidad de pleno derecho de la convocatoria*”.

En este mismo sentido se pronuncia **la STSJ de Madrid, de 21 de febrero de 2005**. Señala que los principios básicos reconocidos en la CE, exigen para ser plenamente satisfechos de una publicación suficiente de las convocatorias a través de las cuales pueda accederse a dicha función, concluyendo que “*la publicidad de la convocatoria se exige como garantía de la objetividad del proceso concurrencial y la posibilidad de acceso al mismo de quienes estuvieran interesados, vulnerándose de otro modo, los artículos 23.2 y 103 de la Constitución*”, anulando la resolución de la convocatoria.

Cabe señalar que, de toda la legislación autonómica consultada sobre la provisión de puestos de jefaturas tanto de carácter asistencial, como las de carácter no asistencial, establece respecto a la publicidad de la convocatoria, así como de la Resolución de la misma su publicación en el Diario Oficial de la CCAA.

3.3 Requisitos de participación: tipo de personal

El art. 23 del RD-L 1/1999, de 8 de enero, de selección y provisión de plazas en las IISS de la SS, dispone como requisitos para poder participar en las convocatorias de provisión de plazas de jefaturas de unidad, encontrarse prestando servicios en IISS de la provincia o área de salud, en la fecha de la publicación de la convocatoria, siempre que reúna los requisitos exigibles en cada caso. Continúa el artículo señalando que el personal fijo que obtenga puesto de trabajo por el sistema regulado en esta sección tendrá derecho a la reserva de una plaza básica de su categoría en el sector o área de salud.

La interpretación amplia que se ha hecho de este precepto por los responsables de convocar este tipo de procedimientos es que pueden participar en los mismos, no solo personal fijo, sino también personal interino y personal que se encuentra desempeñando sus funciones en promoción interna temporal, hasta que los tribunales se han pronunciado en contra de esta interpretación.

Ya en 2004, **el TSJ de Madrid, en sentencia de 4 de noviembre**, en el proceso de provisión de una plaza de Jefatura de Grupo del Área Administrativa, se adjudicó la misma a una persona que prestaba sus servicios mediante un contrato de interinidad. Señala el Tribunal que una interpretación coherente y sistemática de la normativa aplicable (RD-L 1/1999 y la convocatoria) en relación a los requisitos que se exigen para el puesto es el de pertenecer como personal estatuario o funcionario a categorías, cuerpos o escalas de los Grupos que se convocan y que el nombramiento ha de efectuarse a favor del personal que ocupa plaza en propiedad, como titular de la misma, concluyendo que la naturaleza de la condición de personal interino impide que pueda participar en los concurso de provisión ordinaria de los puestos de trabajo, pues su relación de servicio con la Administración se justifica en virtud de las circunstancias precisas que permitieron su contratación, y una vez que éstas cesen se extinguirá el vínculo que les unía con la misma.

En esta misma dirección, resuelve el **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de Palma de Mallorca, de 19 de diciembre de 2007**, considerando no ajustado a derecho que por concurso de provisión de puestos de trabajo, se conceda esa plaza a quien carece de un requisito esencial para ocuparla, como es pertenecer a uno de los cuerpos de los Grupos A, B o C, al estar ocupando una plaza con carácter interino. Pero, antes de llegar a esta conclusión, la motivación de la sentencia, señala que *“las plazas que suponen un ejercicio de autoridad, deben ser ejercidas por personal funcionario, lo cual no supone que necesariamente haya de ser funcionario de carrera, y nada impide que, a falta de funcionario de carrera, pueda ser desempeñado el ejercicio de esa función de esa plaza vacante, por un funcionario interino. Pero lógicamente ese ejercicio ha de estar presidido por el concepto de temporalidad ya que esa es la nota determinante de la interinidad funcional. Lo que no puede la Administración es cubrir plazas vacantes por la vía del interinaje, pero convirtiendo esa interinidad en un lapso de tiempo indefinido, y no ofrecerlas a los funcionarios de carrera que cumplen los requisitos para ocupar dichas plazas, hurtándoles la posibilidad de acceso a las mismas, porque ello constituye una desviación de poder, además de modificar lo que es la cualidad de la condición de funcionario interino, presidida por la temporalidad en ausencia de funcionario de carrera, además de que perjudica notablemente los intereses de los funcionarios de carrera”*, considerando que ello es contrario a lo dispuesto en el art. 9 del EM y 10 del EBEP.

Igualmente, señala la **Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº4 de Oviedo, de 1 de septiembre de 2010**, al analizar la ilegalidad de la convocatoria de un proceso de provisión del puesto de Director del Área de Gestión Clínica, en cuanto que permite el acceso a personas que no forman parte de la plantilla del Servicio de Salud. Tras el análisis realizado de la regulación general de los empleados públicos como del régimen específico del personal estatutario, señala la sentencia que la libre designación del personal estatutario debe hacerse respecto del personal estatutario fijo porque, de otro modo, se convertiría en una vía de acceso libre y discrecional al empleo público, y solo puede hacerse respecto del personal fijo. Estimando que *“esta previsión altera grave y seriamente el sistema de provisión de puestos de trabajo, en este caso mediante libre designación, al abrirlo de manera indebida al personal que no sea estatutario fijo”*.

Otro interrogante que surge es, si el personal que

desempeña funciones en promoción interna temporal, tiene derecho a participar en un proceso de provisión de puestos de jefaturas de carácter no asistencial.

Recordemos que el EM, en su art. 35 regula la promoción interna temporal y dispone que *“2. durante el tiempo en que realice funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, y percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que serán los correspondientes a su nombramiento original.”* Pues bien, parece claro que quien desempeña funciones en promoción interna temporal, “no pertenece” a la categoría de las funciones que está desempeñando, sino que pertenece a la categoría de origen, que es en la que se mantiene en servicio activo. Así lo señaló la **STSJ de Castilla y León, de 19 de noviembre de 2004**, en el desarrollo de proceso de provisión por el sistema de libre designación del puesto de Jefe de Sección de Hostelería del Complejo Hospitalario de Soria, en el que se adjudicó el puesto a una persona que pertenecía al grupo E, pero desempeñaba funciones por promoción interna temporal en una plaza del Grupo B. Concluye el Tribunal que, en esta adjudicación se vulneró lo establecido en las bases de la convocatoria, que requería pertenecer a las categorías o escalas de los Grupos A, B o C, desprendiéndose que, las personas en esta situación pertenecen a la categoría de origen y no a la que desempeñan sus funciones.

Una vez sentado el criterio adoptado por los tribunales, en relación al tipo de personal que puede participar en este tipo de procesos de provisión, queda por analizar si el personal ajeno a la Administración tiene derecho a participar en los mismos.

De toda la normativa autonómica analizada, nos encontramos que uno de los requisitos que se exigen para poder participar en los procesos de provisión de jefaturas de carácter no asistencial, es ser personal estatutario fijo, como no podía ser de otra manera, pues la esencia de estos procesos la encontramos en la promoción en la carrera administrativa del empleado público que accedió a un puesto en la Administración una vez superado un proceso selectivo, basado en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE).

Sin embargo, el Decreto 75/2007, de 13 de mayo, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud, en su art.

10 permite poder participar en los procedimientos para la provisión de cargos intermedios a toda persona que, con sujeción a las prescripciones del Decreto, reúna los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria, especificando no ser necesario tener previamente vinculación como personal funcionario o estatutario al SNS. Es decir, que abre una vía de acceso a personal totalmente ajeno a la Administración.

Este Decreto, fue impugnado y en **STS, de 9 de julio de 2012**, anula el art. 10 por ser contrario a derecho la siguiente expresión: *“sin necesidad de estar previamente vinculada como personal funcionario o estatutario al SNS”*, razonando que “el precepto deja una vía de acceso a la condición de empleado sin que se garantice debidamente la observancia en ella de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

4. CONCLUSIONES

La escasa regulación sobre los procedimientos de provisión de jefaturas de carácter no asistencial o puesto intermedios, como denominan algunas normas, hace recomendable que las CCAA lleven a cabo la regulación de estos procesos, para cumplir con el mandato establecido en el EM, evitar conflictos como los anteriormente descritos y adaptar la normativa a los tiempos en los que nos encontramos.

De la normativa autonómica analizada, se aprecia cierta uniformidad en los siguientes aspectos:

- En cuanto a la publicidad de la convocatoria en el Diario oficial
- El personal que puede participar en estos procesos. Todas coinciden en que el personal deber ser fijo estatutario, aunque algunas de ellas permiten la participación, al personal funcionario de carrera y personal laboral fijo. Es decir, empleados públicos que accedieron a su puesto de trabajo mediante la superación de un proceso selectivo, basado en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.
- Casi todas coinciden en que el puesto debe estar condicionado a una evaluación cuatrienal para su continuidad en el mismo.
- Y en cuanto al sistema de provisión, difieren, unas han optado por el concurso y otras por el sistema de libre designación. Ciertamente es que, las

normas más recientes aplicar la doctrina del TS, de cubrir este tipo de puestos mediante concurso y especificar que puestos se pueden cubrir mediante libre designación (Balears).

Y para finalizar, conviene traer a colación la exposición de motivos de la Orden Gallega de 24 de mayo de 2006, que regula el procedimiento de provisión de puestos de jefatura y coordinación de las IIS del Servicio Gallego de Salud, que viene a expresar la inseguridad jurídica que rodea a estos procesos de provisión, y la necesidad de regulación en esta materia. Dice la Orden “con esta regulación *se pone fin a un largo período de tiempo en el que la cobertura de estos puestos se han venido haciendo, a propuesta de los órganos directivos de instituciones sanitarias, con un carácter meramente provisional*. Respetando un margen de decisión que razonablemente debe corresponder a los máximos responsables de los centros sanitarios del Organismo, esta Orden viene a *fixar las bases para dotar de cierta uniformidad a los procedimientos de selección y provisión muy especialmente en lo que se refiere a la garantía de la publicidad, a los sistemas de evaluación de los aspirantes, y a la baremación aplicable*”. Resulta ilustrativa la exposición de motivos, al expresar la huida de la discrecionalidad de la Administración y de la inseguridad que caracteriza el aspecto de la provisionalidad, así como la presencia de la transparencia y equidad que debe prevalecer en este tipo de procesos.

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NORMATIVA	PROCEDIMIENTO		PUBLICIDAD	EVALUACIÓN	TIPO DE PERSONAL	ANTIGÜEDAD
		LIBRE DESIGNACIÓN	CONCURSO				
ANDALUCÍA	Decreto 75/2007, 13 marzo, sistema de provisión cargos directivos y cargos intermedios S Andaluz S	Establece que cargos	Resto: concurso	BOJA, página WEB y tablones de todos los centros del Área de Salud	4 años	Todo personal que reúna requisitos convocatoria	
ARAGÓN	Decreto 37/2011, de 8 de marzo, selección de personal estatutario y provisión de plazas en centros S Aragones S Resolución de 31 de marzo 2010, procedimiento de provisión y evaluación de los puestos de Jefe de Servicio y de Sección de carácter asistencial	Cargos intermedios (JSv, JSs, JCe, JTa, Encargado turno)	JSv y JSc asistencial	BOA	No especifica tiempo. JSv carácter asistencial: 4 años	<u>Asistencial:</u> fijo, laboral, funcionario carrera y personal sin vinculación con la Admón. <u>No asistencial:</u> fijo	Jefatura asistencial: 3 y 5
ASTURIAS	Acuerdo de 11/11/2009, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de RRHH del SESPA	Atribuye a la Gerencia del SESPA regular el nombramiento y cese de los puesto de libre designación para el desempeño de jefaturas y mandos intermedios, de acuerdo con los criterios del PLAN					
	Resolución de 17 de junio de 2010 de la Dirección Gerencia del SESPA, provisión de jefaturas de servicio, sección y coordinadores médicos de carácter asistencial en los centros de IISS SESPA	Libre designación		Convocatoria pública		Fijo	

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NORMATIVA	PROCEDIMIENTO		PUBLICIDAD	EVALUACIÓN	TIPO DE PERSONAL	ANTIGÜEDAD
		LIBRE DESIGNACIÓN	CONCURSO				
BALEARES	Decreto 87/2006, de 6 de octubre, Provisión de Jefaturas de carácter asistencial del Servicio de Salud de las Illes Balears						
	Acuerdo Consejo de Gobierno, de 13 de mayo de 2011, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad por el que se regula el sistema de provisión de los cargos no directivos del personal estatuario de gestión.	Libre designación forma <u>excepcional</u>	Concurso:				
	Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 18 de enero de 2013 por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 5 de diciembre de 2012 por el que se modifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 22 de marzo de 2011	Establece qué puestos	Forma <u>ordinaria</u>	BOIB	4 años	Fijo	
CANARIAS	Orden de 31 de octubre de 2012, regula el procedimiento para la provisión de puestos de jefaturas de carácter asistencial		Concurso	BOC	4 años	Fijo	
CANTABRIA	Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario, de IISS de Cantabria	Libre designación para jefaturas de unidad sanitaria y no sanitaria	Concurso para jefaturas de carácter asistencial y para puestos	BOC	4 años	Fijo	

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NORMATIVA	PROCEDIMIENTO		PUBLICIDAD	EVALUACIÓN	TIPO DE PERSONAL	ANTIGÜEDAD
		LIBRE DESIGNACIÓN	CONCURSO				
CASTILLA - LA MANCHA	Decreto 89/2005, de 26 de julio, provisión de jefaturas de carácter asistencial del SESCAM		Concurso	DOCM	4 años	Fijo	3 y 5 años
CASTILLA Y LEÓN	Ley 2/2007, de 7 de marzo, Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León	Libre designación		BOCyL	4 años	Estat. fijo SNS, carrera de cualq. Admón. O laboral CyL	
EXTREMADURA	Decreto 152/2006, de 31 de julio, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo de Jefes de Servicio y de Sección de carácter asistencial de Atención Especializada del SES	Libre designación		BOE	4 años	Fijo	Jefatura asistencial: 3 y 5 años
GALICIA	Decreto 206/2005, de 22 de junio, provisión plazas personal estatutario SESGA (incluye facultativos y personal de gestión) Decreto 236/2008, de 16 de octubre, Modifica el Decreto 206/2005, de 22-7-2005, de provisión de plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud Orden 24 mayo 2006, bases del procedimiento de puestos de jefatura y coordinación de IISS des SESGA	J. Servicio Área Gestión: libre designación. Jefe cocina, personal subalterno, Jefe grupo adscrito a dirección	Resto: concurso Resto puestos: Concurso	DOG		Personal Fijo en activo	

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NORMATIVA	PROCEDIMIENTO		PUBLICIDAD	EVALUACIÓN	TIPO DE PERSONAL	ANTIGÜEDAD
		LIBRE DESIGNACIÓN	CONCURSO				
NAVARRA	Decreto Foral 347/1993, de 22 de noviembre, por el que se regula el ingreso y la provisión de puestos de trabajo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. Modificado por D.F. 42/2006 Orden Foral 465/2001 procedimientos provisión jefaturas sección y unidades no asistenciales y jefaturas de unidad de enfermería del S Navarro S		Concurso	BON	Máximo 6 años	Fijo de la Admón. Y OOAA	5 años
VALENCIA	Decreto 7/2003, de 28 de enero, del Consell de la Generalitat, Selección y Provisión de plazas de personal estatutario al servicio de IISS G. Valenciana		J. Servicio y J. Sección: Concurso	DOCV	4 años	Fijo, grupos A o B	

FRACTURACIÓN HIDRAÚLICA Y SALUD PÚBLICA. TÍTULO COMPETENCIAL. ESTUDIO COMPARADO DE LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN LA MATERIA

Begoña Gómez del Río
Consejería de Sanidad y Servicios Sociales
Gobierno de Cantabria

ÍNDICE

1. LEY GENERAL DE SALUD PÚBLICA LEY 33/2011. PRINCIPIOS GENERALES
2. INFORME DE LA COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, SALUD PÚBLICA Y SEGURIDAD DEL PARLAMENTO EUROPEO; REPERCUSIONES DE LA EXTRACCIÓN DE GAS Y PETROLEO DE ESQUISTO EN EL MEDIO AMBIENTE
3. ANÁLISIS COMPARADO EN LA UNIÓN EUROPEA
4. PERMISOS CONCEDIDOS EN ESPAÑA
5. LEY DE CANTABRIA 1/2013, DE 15 DE ABRIL, POR LA QUE SE REGULA LA PROHIBICIÓN EN EL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA DE LA TÉCNICA DE FRACTURA HIDRÁULICA COMO TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN Y EXTRACCIÓN DE GAS NO CONVENCIONAL

PALABRAS CLAVE

Fractura hidráulica, principio de precaución, ley de Cantabria 1/2013.

1. LEY GENERAL DE SALUD PÚBLICA LEY 33/2011. PRINCIPIOS GENERALES

Tal y como se indica en el Preámbulo de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública

esta norma tiene por objeto alcanzar las mayores ganancias de salud, objeto para lo que se requiere que la sociedad se organice de forma que se fomente, proteja y promueva la salud de las personas, tanto en su esfera individual como colectiva, y que ello se haga desde el riguroso conocimiento científico y con la anticipación necesaria. Para el logro de este objetivo en el Título I, Capítulo III de la Ley se enumeran los principios generales de la acción en salud pública:

Las Administraciones públicas y los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, estarán sujetos a los siguientes principios:

a) Principio de equidad. *Las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto. Se considerará la equidad en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población. Igualmente, las actuaciones en materia de salud pública incorporarán la perspectiva de género y prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad.*

b) Principio de salud en todas las políticas. *Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entor-*

nos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud. Asimismo, las políticas públicas que incidan sobre la salud valorarán esta circunstancia conciliando sus objetivos con la protección y mejora de la salud.

c) Principio de pertinencia. *Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad.*

d) Principio de precaución. *La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran.*

e) Principio de evaluación. *Las actuaciones de salud pública deben evaluarse en su funcionamiento y resultados, con una periodicidad acorde al carácter de la acción implantada.*

f) Principio de transparencia. *Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos.*

g) Principio de integralidad. *Las actuaciones de salud pública deberán organizarse y desarrollarse dentro de la concepción integral del sistema sanitario.*

h) Principio de seguridad. *Las actuaciones en materia de salud pública se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud.*

En esta enumeración de principios hay algunos directamente relacionados con el resto de actuaciones y políticas públicas de la Administración, por este motivo, de estos ocho principios, queremos hacer especial hincapié en dos principios; el principio de salud en todas las políticas y el principio de precaución, dado a que se trata de principios que deben inspirar la actuación legislativa del resto de los sectores. El principio de salud implica considerar elementos condicionantes de salud distintos a los meramente sanitarios, lo que supone un análisis inter-

sectorial de los problemas de la salud y el principio de precaución legitima una actuación preventiva de las autoridades ante los peligros potenciales para la salud de actuaciones que las Administraciones Públicas pretendan desarrollar.¹

Consideramos que el principio de salud en todas las políticas es fundamental, debido a que insta a los poderes públicos para que se coordinen en el diseño y ejecución de sus políticas públicas, en este caso, teniendo en cuenta la implicación que las mismas puedan tener sobre la salud. Este principio supone que los poderes públicos, en el momento de desarrollar sus competencias en los diversos ámbitos han de tener siempre presente hasta que punto estas pueden repercutir en la salud pública.

Este principio no es nuevo en la normativa que vincula a España, ya en el artículo 168 de Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, consolidado según Tratado de Lisboa) dispone que:

“1.- Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.

La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención.”.

En cuanto al principio de precaución son varios los condicionantes diseñados antes de su aplicación. En el precepto se indica que los indicios han de ser “fundados” sobre una “afección grave” y ante esta evidencia se posibilita la imposición de medidas des-

¹ “Principios inspiradores en Materia de Salud Pública”. Grupo de Salud Pública. Seminario de Investigación en Bioética. Facultad de Medicina. Universidad Complutense de Madrid.. Retos en Salud Pública. Derechos y Deberes de los Ciudadanos.

tinadas a la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran.

Para una mayor concreción en el principio de precaución podemos acudir de nuevo a lo dispuesto en el art. 191 del Tratado antes referido;

“1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

-La conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,

-la protección de la salud de las personas,

-la utilización prudente y racional de los recursos naturales,

-el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.”

El desarrollo del principio de precaución que el precepto enumera se concreta en la Comunicación de la Comisión de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso al principio de precaución, por lo tanto, el principio de precaución permite reaccionar rápidamente ante un posible peligro para la salud humana, animal o vegetal, o para proteger el medio ambiente. De hecho, en caso de que los datos científicos no permitan una determinación completa del riesgo, el recurso a este principio permite, por ejemplo, impedir la distribución de productos que puedan entrañar un peligro para la salud o incluso proceder a su retirada del mercado.²

El principio de precaución y salud en todas las políticas públicas tiene directa incidencia en la regulación de la materia que ahora nos ocupa, la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

² El recurso al principio se inscribe, por tanto, en el marco general del **análisis de riesgo** (que incluye, al margen de la evaluación del riesgo, la gestión del riesgo y la comunicación del riesgo) y, más concretamente, en el marco de la **gestión del riesgo** que corresponde a la fase de toma de decisiones.

La Comisión subraya que el principio de precaución se puede invocar en la hipótesis de un riesgo potencial, y que en ningún caso puede justificar una toma de decisión arbitraria.

Por tanto, el recurso al principio de precaución solo está justificado si se cumplen las **tres condiciones siguientes**:

- identificación de los efectos potencialmente negativos;
- evaluación de los datos científicos disponibles;
- ampliación de la incertidumbre científica.

La fractura hidráulica como técnica para la extracción de gas, o fracking, plantea en la actualidad interrogantes tanto desde el punto de vista de la salud como desde la perspectiva de la protección medioambiental, fundamentalmente por la posibilidad de que con la utilización de esta técnica pueda producirse contaminación en los acuíferos subterráneos dada la inyección de productos tóxicos y contaminantes que resultan necesarios para la utilización de esta técnica.

2. INFORME DE LA COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, SALUD PÚBLICA Y SEGURIDAD DEL PARLAMENTO EUROPEO; REPERCUSIONES DE LA EXTRACCIÓN DE GAS Y PETROLEO DE ESQUISTO EN EL MEDIO AMBIENTE

En junio de 2011 la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad del Parlamento Europeo publicó un informe en el que se planteaban interrogantes sobre el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas.

El gas no convencional se encuentra en rocas con una porosidad muy baja y de baja permeabilidad. La industria de explotación de hidrocarburos viene desarrollando distintos métodos de perforación. La solución habitual ha sido aumentar el número y tamaño de poros, bien con el uso de ácidos, o mediante la inyección de agua a alta presión que provoque la fracturación de la roca. Esta última técnica es precisamente lo que llamamos el *fracking*.

En los yacimientos no convencionales, se empieza con una perforación en vertical convencional, pero al alcanzar la capa que contiene el gas, se desvía para penetrar a lo largo de la formación toda la longitud posible. Se usan unas cargas explosivas para perforar la tubería, y se inyecta agua a alta presión, junto con una serie de aditivos. El objetivo es generar nuevas fracturas en la formación y ampliar las ya existentes. Uno de los aditivos más habituales es arena, para que al quedar atrapada en las grietas, las apuntale, e impida que se cierren una vez terminada la presurización de la formación. Además de la arena, se introduce también otra serie de sustancias cuya concreción, en muchos casos se desconoce debido a que se trata de secretos empresariales, no obstante, estos aditivos suelen suponer sobre a un 2% del total de agua introducida. Gran parte de este fluido que se ha inyectado en el pozo posteriormente va retornando a superficie, bien inmediatamente después de la operación, bien durante la posterior extracción de gas

natural. Es necesaria por lo tanto una buena gestión del líquido retornado, que es altamente contaminante. Uno de los peligros es que el fluido inyectado que no retorne, puede permanecer en el subsuelo y migrar posteriormente hacia algún acuífero o la superficie, provocando una importante contaminación.³

Tal y como se indica en el informe, los posibles efectos en la salud humana son provocados principalmente por las repercusiones de las emisiones correspondientes a la atmósfera o al agua. Los principales efectos son dolor de cabeza y efectos a largo plazo de los compuestos orgánicos volátiles. La contaminación de aguas subterráneas puede resultar peligrosa si la población entra en contacto con el agua contaminada.

Después de este informe, fue la Comisión Europea la que encargó un informe que se denomina “*Final report on unconventional gas in Europe*”⁴ donde se concluye que no es necesaria una normativa europea específica que regule la materia.

Fue el Parlamento de nuevo, quien en marzo de 2012 emite un nuevo informe denominado “*Proyecto de informe sobre aspectos industriales, energéticos y otros del gas y el aceite de esquisto*”, sin embargo, en el mismo no se realiza un análisis detallado sobre los efectos sobre la salud.⁵ En el informe se advierte que, aparte de los efectos potenciales, pocas veces se han documentado los efectos reales en la salud humana y su relación directa con las actividades de fracturación hidráulica. Por lo general, los dolores de cabeza encabezan la lista. En el informe, se concluye con la conveniencia de elaborar una directiva en la que se regule las actividades mineras y se cuestiona el retraso en realizar un análisis público, amplio y detallado del marco normativo a la extracción de hidrocarburos no convencionales.⁶

3 La fracturación hidráulica es una técnica muy probada y experimentada, y se ha utilizado en más de 1 200 000 pozos desde 1947, principalmente en Canadá y los Estados Unidos y, durante 30 años, en Europa (en los últimos años, en Alemania, Suecia, Polonia, España, Dinamarca y el Reino Unido). Es el método empleado para la extracción de hidrocarburos convencionales en la UE y se está utilizando o está previsto su uso a gran escala en numerosos países de todo el mundo, entre los que figuran Argentina, China, Ucrania y la India.

4 http://ec.europa.eu/energy/studies/doc/2012_unconventional_gas_in_europe.pdf

5 http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/itre/pr/897/897469/897469es.pdf

6 En la cercanías de la comunidad de Dish, Texas, Estados Unidos, se han documentado casos de enfermedades y muertes

Finalmente, hemos de mencionar el informe «*Contribución a la identificación de posibles riesgos ambientales y para la salud humana derivados de las operaciones de extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica en Europa*» de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, publicado el 10 de agosto de 2012⁷. En el estudio se enumeran una serie de riesgos e impactos asociados a la fractura hidráulica de gran volumen (HVHF) de entre los que consideramos preciso destacar por su clara incidencia sobre la salud pública el referido al reto de cómo garantizar que se eviten vertidos de productos químicos y aguas residuales con potenciales repercusiones ambientales durante la construcción y la vida operativa de la planta (plataforma de pozos) y a la posible toxicidad de los aditivos químicos y el reto de desarrollar alternativas más ecológicas. El estudio ha revelado que existe un elevado riesgo de contaminación de las aguas superficiales y subterráneas en las diversas fases de la construcción de los pozos y de los procesos de fractura hidráulica y producción de gas, así como durante la fase de abandono

de pozos, como se indica en el capítulo 2.3. [Wolf 2009].

A continuación se citan dos ejemplos extremos, ya que estos se encuentran muy bien documentados, si bien su relación con actividades de perforación para la extracción de gas no puede demostrarse. El primero aparece en un testimonio por escrito enviado a la Comisión de Supervisión y Reforma Gubernamental de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos:

«Una mujer [Laura Amos] de Silt, condado de Garfield, Colorado, me llamó para decirme que había desarrollado un tumor suprarrenal muy raro, por lo que tuvo que extirpársele tanto el tumor como la glándula suprarrenal. Uno de los efectos del 2-BE [2-butoxietanol] fue el desarrollo de tumores suprarrenales. Me dijo que vivía a 300 metros de una plataforma de pozos de gas muy activa donde con frecuencia se realizaban fracturaciones hidráulicas. Durante un episodio de fracturación erupció su pozo doméstico de agua. Asimismo describió los problemas de salud de otras personas que vivían cerca de ellas». [Colborn 2007].

y:

«A mediados de agosto [de 2008], el debate en Colorado se intensificó cuando se supo que Cathy Behr, una enfermera de la sala de emergencias de Durango, Colorado, casi había muerto tras tratar a un perforador de pozos de prospección que había sido salpicado de fluido de fracturación en un pozo de gas natural de BP. Behr despojó al hombre de su ropa y la puso en bolsas de plástico... Unos días más tarde, Behr se encontraba en estado crítico debido a un fallo multiorgánico». [Lustgarten 2008].

7 Los autores del estudio reconocen las limitaciones de la revisión de riesgos llevada a cabo, teniendo en cuenta sobre todo la inexistencia de un seguimiento sistemático básico en EEUU (de donde procede la mayor parte de la bibliografía), la falta de datos exhaustivos y centralizados sobre fallos e índices de incidentes en los pozos, y la necesidad de más investigación sobre una serie de posibles impactos, entre los que cabe citar los impactos a largo plazo...

El estudio ha identificado una serie de cuestiones que presentan un riesgo elevado para las personas y para el medio ambiente. La siguiente Tabla resume estas cuestiones y su relevancia.

de las instalaciones (riesgos clasificados de moderados a altos). El desarrollo acumulativo de explotaciones podría incrementar este riesgo aún más.

En la sesión plenaria del Parlamento Europeo el 21 de noviembre de 2012, rechazando una propuesta para instar a los Estados miembros a no autorizar nuevas prospecciones de hidrocarburos utilizando “fracking”⁸, Ahora bien, aprobó una resolución pidiendo a los Estados que, dado el riesgo ambiental, actúen con cautela hasta que se realice un análisis exhaustivo sobre la necesidad o no de modificaciones legislativas en la materia⁹. En concreto y referido a la salud pública se concluye que:

1.- Insta a la Comisión a que, una vez finalizados sus estudios, realice una evaluación exhaustiva sobre la base del marco regulador europeo de protección de la salud y del medio ambiente y a que proponga, en el plazo más breve posible y de conformidad con los principios del Tratado, las modificaciones necesarias, incluidas medidas legislativas, si procede.

2.- Pide a la Comisión que presente un marco de gestión de riesgos a escala de toda la UE para la prospección o extracción de combustibles fósiles no convencionales con el fin de garantizar que se apliquen disposiciones armonizadas en materia de protección de la salud humana y del medio ambiente en todos los Estados miembros.

3.- Considera que los acuerdos mutuos de confidencialidad relativos a los daños al medio ambiente y a la salud humana y animal, que han existido entre los propietarios de los terrenos colindantes a los pozos de gas de esquisto y los operadores de gas de esquisto en los Estados Unidos, no serían compatibles con las obligaciones que incumben a la Unión y a los Estados miembros en virtud de la Convención de Aarhus, la Directiva sobre el acceso del público a la información medioambiental (2003/04/CE) y la Directiva sobre la responsabilidad medioambiental.

4.- Destaca la necesidad de estudios científicos sobre el impacto a largo plazo de la contamina-

ción del aire y del agua relacionada con la fracturación en la salud humana.

5.- Insta a los Estados miembros a que se informe y se asocie plenamente a las autoridades locales, en particular al analizar las solicitudes de permisos de exploración y explotación; solicita de manera especial el acceso libre a las evaluaciones de impacto medioambiental y a los estudios sobre la salud de los habitantes y la economía local.

6.- Manifiesta que, en vista de que no está claro que el actual marco regulador de la legislación de la UE ofrezca una garantía adecuada contra los riesgos para el medio ambiente y la salud humana asociados a las actividades relacionadas con el gas de esquisto.

7.- Y considera que cualquier tipo de extracción de combustibles fósiles y minerales entraña riesgos potenciales para la salud humana y el medioambiente; que es vital que se apliquen los principios de precaución y de «quien contamina, paga» a cualquier decisión sobre la explotación de recursos de combustibles fósiles que se adopte en el futuro en Europa teniendo en cuenta las posibles repercusiones de todas las etapas del proceso de prospección y explotación.¹⁰

10 Respecto al análisis de los beneficios o las posibles incidencias de esta técnica en el medio ambiente y en concreto la salud hemos de mencionar diversos estudios en los que se analiza su incidencia sobre estos ámbitos;

- «Gas de esquisto: evaluación preliminar de sus impactos ambientales y sobre el cambio climático» realizado por el Tyndall Centre for Climate Research *Existen evidencias a partir de la experiencia de EEUU que sugieren que*
- *la extracción de gas de pizarra comporta un riesgo significativo para la*
- *contaminación del agua subterránea y de superficie y, hasta que la base de*
- *estas evidencias se desarrolle, la única acción responsable es prevenir su*
- *desarrollo en Reino Unido y en Europa.*
- El artículo «Huella de metano y gases de efecto invernadero del gas natural de formaciones de pizarra» de Robert W. Howarth, Renee Santoro y Anthony Ingraffea
- Wiseman, Hannah Jacobs, *Untested Waters: The Rise of Hydraulic Fracturing in Oil and Gas Production and the Need to Revisit Regulation* (September 23, 2008).
- Michigan Radio – “Fracking for natural gas, the benefits and the risks”
- Amy Mall – “Incidents where hydraulic fracturing is a suspected cause of drinking water contamination. En este artículo se hace una relación detallada respecto a una serie de incidentes donde se sospecha la fracturación hidráulica ha sido la causa del agua contaminada

8 El Parlamento rechazó, con 262 votos a favor, 391 en contra y 37 abstenciones, una enmienda que instaba a los Estados miembros a no autorizar nuevas operaciones de fractura en la UE.

9 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0443+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>

3. ANÁLISIS COMPARADO EN LA UNIÓN EUROPEA

Polonia, Bulgaria y Reino Unido son los pioneros en Europa en la extracción del gas de pizarra mediante fractura hidráulica. Otros países europeos están comenzando a investigar la posible existencia de yacimientos de gas de pizarra para su posible uso.

FRANCIA.- En junio de 2011 la Asamblea Nacional francesa decidió, mediante la ley 835 de 2011, la prohibición de la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos líquidos o gaseosos mediante la técnica de fractura hidráulica. La prohibición se basa en los riesgos que esta técnica conlleva para la salud humana y el medio ambiente, no por los riesgos asociados al posterior uso del combustible. Los principales problemas que se alegan para prohibir la técnica de la fractura hidráulica son: la elevada cantidad de agua que requiere el proceso, la contaminación de acuíferos subterráneos, y la presencia de químicos en el fluido de fractura con riesgos sobre la salud reconocidos.

BULGARIA.- Después de una protesta nacional en enero de 2012, el gobierno decidió prohibir la fracturación hidráulica el 8 de enero 2012: Bulgaria se ha convertido en el segundo país europeo en prohibir la perforación de gas de esquisto mediante el método de extracción denominado “fracking”.

De igual forma, Bulgaria revocó un permiso de gas de esquisto concedida a la compañía Chevron. El 17 de mayo 2012 la Comisión Temporal para el estudio, análisis y discusión de las mejores prácticas y soluciones reguladoras para la exploración y explotación minera decidió matizar algunos aspectos de la moratoria. Posteriormente, en la 41ª Asamblea Nacional de 14 de junio 2012 Bulgaria aprobó una ley para prohibir el fracking en todas sus formas en todo su territorio, incluidas las pruebas y la exploración.

HOLANDA.- En los Países Bajos, más de 200 pozos han sido explotados mediante esta técnica. Entre 2007 y 2011, 22 pozos (9 en tierra y 13 en alta mar) se fracturaron hidráulicamente. En la actualidad, en Holanda hay una moratoria hasta que la técnica tenga un mayor estudio aunque el Gobierno está valorando mantener la referida moratoria.

RUMANIA.- El 16 de mayo 2012, en respuesta a una petición que obtuvo el apoyo de 50 mil residentes preocupados por el impacto ambiental de la perforación, junto con la crítica de varios gobernadores

regionales, ministro de Medio Ambiente Tomás Chalupa (Cívico Democrático), indicó que propondría una moratoria de exploración de gas de esquisto de hasta dos años, hasta que se establezcan reglas claras para el sector.

ALEMANIA.- Hay impuesta una moratoria en el estado de Renania del Norte - Westfalia desde marzo de 2011 en las perforaciones de gas de pizarra. En la actualidad, se está debatiendo una propuesta que espera ser una solución entre los sectores que propone dar carta verde a esta técnica los opositores a la misma. La norma que se está diseñando permitirá el uso de esta técnica pero pretende proteger las zonas donde existan acuíferos y pozos de agua potable. Las medidas pretenden permitir el uso de la técnica en determinadas áreas no protegidas.

POLONIA.- Este país dispone de gran cantidad de reservas de este tipo de gas y una firme defensora del uso de esta técnica. Un estudio del Instituto Geológico Polaco publicado en marzo 2012 llegó a la conclusión de que esta técnica no daña el medio ambiente.

CHEQUIA.- La República Checa está considerando una moratoria sobre fracking. Consideran que con una moratoria de dos años daría el tiempo necesario para determinar qué normas deben regular adecuadamente el uso de esta técnica. Esta prohibición se concretó en septiembre de 2012 cuando el Gobierno Checo propuso una prohibición temporal de la exploración de gas de esquisto hasta que se apruebe una nueva ley que aborde la extracción de la nueva fuente de energía.

SUIZA.- El Cantón de Friburgo de ha prohibido el fracking.

AUSTRIA.- 16 de agosto 2012: El gobernador de la Baja Austria ha pedido que los cambios legislativos que se introducirá a impedir la extracción de gas de esquisto, debido a las preocupaciones sobre el impacto potencial de la fracturación hidráulica.

ITALIA.- Bomba, una pequeña ciudad en el sur de Italia ha rechazado un proyecto de perforación - la perforación en la isla de Pantelleria, entre Sicilia y Túnez, también ha sido paralizada.

IRLANDA DEL NORTE.- El 7 de diciembre 2011, la Asamblea de Irlanda del Norte votó a favor de una moratoria de “fracking”, un método de extracción de gas natural de esquisto, en espera de una

evaluación ambiental. El Ministro todavía no ha promulgado la moratoria.

EL REINO UNIDO.- El Gobierno británico ha rechazado la tecnología de gas de esquisto como una solución a la crisis energética de Gran Bretaña, sin embargo, basado en aspectos económicos mas que medioambientales.

4. PERMISOS CONCEDIDOS EN ESPAÑA

Hasta el momento se han concedido varios permisos de investigación en el territorio español, para la extracción de gas de pizarra mediante fractura hidráulica.

Varias fuentes de información apuntan a la concesión de permisos en las provincias de Burgos, Cantabria, Asturias, Vizcaya, Guipuzcoa, Álava, La Rioja, Navarra, y posiblemente en Huesca y Cádiz (no se especifica en estos dos últimos casos si en la extracción se utilizará la técnica de fractura hidráulica). Las promotoras son fundamentalmente compañías extranjeras como Schuepbach (de Tejas), Trofagas (filial de la californiana BNK) y Leni Oil and Gas (de Gran Bretaña).

De forma muy somera podemos mencionar;

- GRAN ENARA (aunque no mencionan claramente que se vayan a utilizar técnicas de fractura hidráulica). En los BOE de concesión de los distintos permisos sí se puede leer que se realizarán trabajos de “perforación de un sondeo de exploración”
- RD 1781/2009, de 13 de noviembre. En los territorios de Cantabria y Castilla y León Es el caso de los permisos Bezana y Bigüenzo.
- RD 1302/2011, de 16 de septiembre. Permisos Ebro-, Ebro-C, Ebro-D y Ebro-E. En las Comunidades Autónomas de la Rioja y Castilla y León.
- RD 1771/2010, de 23 de diciembre. Los permisos denominados Ruedalabola y Tesorillo, ambos en la provincia de Cádiz.
- RD 1300/2011, de 16 de septiembre. Permiso de investigación Géminis, frente a las costas de Vizcaya.
- RD 2120/2008, de 19 de diciembre. Permiso

Fulmar. En la costa de Vizcaya.

- La Junta de Andalucía mediante los Decreto 86/2012, de 10 de abril y Decreto 80/2012, de 27 de marzo ha concedido los permisos de investigación. Ulises 2 y Ulises 3, Penélope y Albero.
- En Cantabria Decreto del Consejo del Gobierno de Cantabria 26/2011, de 31 de marzo (BOC núm. 70, de 11 de abril). Permiso de investigación denominado Arquetu.

5. LEY DE CANTABRIA 1/2013, DE 15 DE ABRIL, POR LA QUE SE REGULA LA PROHIBICIÓN EN EL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA DE LA TÉCNICA DE FRACTURA HIDRÁULICA COMO TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN Y EXTRACCIÓN DE GAS NO CONVENCIONAL

Llegados a este punto, la Comunidad Autónoma de Cantabria ha sido pionera en esta materia regulando mediante la Ley 1/2013 la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

5.1 Título competencial

Los artículos 148 y 149 de la Constitución contienen las siguientes referencias directas a la materia sanitaria; art **148.1.21**, en el que se indica que las CCAAs podrán asumir competencias en sanidad e higiene y el art. 149.1.16 referido a que el Estado tiene competencia exclusiva en sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Si se hace un estudio comparado de los diferentes Estatutos de Autonomía se recogen títulos relativos a la sanidad; “sanidad interior”, “higiene”, “ordenación farmacéutica”, “establecimientos farmacéuticos”, “productos farmacéuticos”, “coordinación hospitalaria en general incluida la Seguridad Social”, “promoción, prevención y restauración de la salud”, “organización y administración de los servicios sanitarios”, “tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad” “centros sanitarios y hospitalarios”.

En concreto, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en la Ley orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, en el art 24 se establece que la Comunidad Autónoma de

Cantabria tiene competencia exclusiva en la investigación científica y técnica, en coordinación con la general del Estado y en el art. 25 ostenta competencia en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución de la materia de **Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud**. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social. Ordenación farmacéutica. Y finalmente, en el art. 26, corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en la Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el número 17 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto. productos farmacéuticos.

Llegados a este punto hemos de volver al inicio de nuestra comunicación donde se hace referencia a la Ley General de la Salud Pública, Ley 33/2011. **Esta ley, tal y como se dispone en su D. F. 4 tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en el art.149.1.16 de la C.E.** que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las **bases y coordinación general de la sanidad**.¹¹ Por lo tanto, la Comunidad Autónoma de Cantabria, en aplicación de lo dispuesto en el art. 25 del Estatuto de Autonomía ha dictado esta ley con pleno respeto a la competencia básica estatal en materia de sanidad adoptando medidas encaminadas a la promoción, prevención y restauración de la salud, es más, haciendo tangible el principio apuntado por el propio Estado en uso de sus competencias básicas y referido por el Estado de salud en todas las políticas y el principio de precaución, principios estos que no se reflejan en los art. 5 y 6 de la Ley Ley 22/1973, de 21 de julio de Minas, en la que únicamente se refieren a los planes de desarrollo económico y social del Programa Nacional de Investigación Minera y el de Revalorización de la Minería, a aspectos referidos a la ordenación del territorio y al aprovechamiento de los recursos minerales y muy induciariamente a protección del medio ambiente, sin embargo, ninguna referencia se realiza

¹¹ El capítulo VIII del Título II se ampara en la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior en virtud de lo previsto en esta misma cláusula. El capítulo II del Título IV se dicta al amparo del artículo 149.1.15.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

a la protección de la salud colectiva¹². A similar conclusión llegamos de la lectura la de Ley 34/1998, de 7 de octubre de Hidrocarburos, en la que únicamente se tiene en cuenta la salud de las personas para graduar las sanciones a imponer.

5.2 Desarrollo legislativo

La Comunidad Autónoma de Cantabria, tal y como se deja constancia en la Exposición de Motivos de la ley, es consciente de los interrogantes que plantea esta técnica tanto desde el punto de vista de la salud como desde la perspectiva de la protección medioambiental, por lo que hace claro uso de lo dispuesto en el principio de precaución, que considera

¹² Artículo 5. [Facultades del Ministerio de Industria]

1. El Ministerio de Industria realizará, con la colaboración, en su caso, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, los estudios necesarios para adecuar a las previsiones de los Planes de Desarrollo Económico y Social el Programa Nacional de Investigación Minera y el de Revalorización de la Minería, al objeto de lograr su permanente actualización, ajustándose a dichos programas la acción estatal en cuanto al aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley.

2. El Ministerio de Industria, previo informe del Instituto Geológico y Minero de España y oída la Organización Sindical, podrá disponer la ejecución de todos o algunos de los trabajos incluidos en los citados programas, previa declaración de zona reservada y en cualquiera de las formas establecidas en el Capítulo Segundo de este Título. De conformidad con el Consejo Superior Geográfico, publicará, a las escalas que reglamentariamente se establezcan, los mapas geológicos, geofísicos, geoquímicos, geotécnicos, hidrogeológicos, metalogenéticos y cualesquiera otros que el desarrollo tecnológico requiera, que sean útiles a la ordenación del territorio y al aprovechamiento racional de los recursos minerales del país.

3. El Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley y se establecerán por Decreto, a propuesta del Ministerio de Industria, previo informe de la Comisión Interministerial del Medio Ambiente y de la Organización Sindical.

Artículo 6. [Autorizaciones e información a suministrar para la realización de trabajos en el subsuelo]

1. Para el perfeccionamiento y actualización del conocimiento geológico y minero del país, toda persona natural o jurídica u órgano de la Administración que realice un trabajo, cualquiera que sea su clase y objeto, cuya profundidad sobrepase los 25 metros por debajo de la superficie del suelo emergido o a cualquier profundidad en suelos sumergidos, consolidados o no, deberá, además de obtener las autorizaciones que fueren pertinentes, informar a la Delegación Provincial correspondiente del Ministerio de Industria de la iniciación de los trabajos y suministrar al Instituto Geológico y Minero de España, si éste lo solicita, los datos geológicos y mineros que del trabajo en cuestión se hayan obtenido, así como permitir al personal titulado competente designado por el Ministerio de Industria el acceso a las obras, a fin de comprobar dichos datos o completar la toma de los mismos.

2. El Reglamento (RCL 1978, 2667) de esta Ley fijará los plazos en que deberá mantenerse, según los casos, el secreto de la información obtenida.

plenamente aplicable en esta materia. Este principio se pone en relación con la Directiva 2000/60 CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva Marco del Agua), encargada de velar por el buen estado de las aguas superficiales y subterráneas, de evitar su deterioro y de promover su recuperación en aquellos lugares en donde ya esté dañada.

Los títulos competenciales utilizados por Cantabria para la regulación de esta materia se justifican en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda; protección del medio ambiente y de los ecosistemas; **sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud**; industria, y régimen minero y energético. Y en concreto, respecto al tema que nos ocupa, con pleno respeto a la competencia estatal referida a las **bases y coordinación general de la sanidad**.

En las últimas semanas diversos colectivos han puesto en duda la competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria para regular esta materia en los términos en los que se ha realizado fundamentándose en el art. 149.1.25 de la Constitución referido a la competencia exclusiva estatal en la regulación de las bases del régimen minero y energético y apuntan a una supuesta inconstitucionalidad de la norma, no obstante en este sentido creemos conveniente poner de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2012 de 18 enero (RTC 2012\8) en la que se cuestionaba la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha. En el caso de la Ley de Cantabria 1/2013, como en la referida sentencia la controversia se plantea primordialmente entre un título competencial sectorial (régimen minero y energético) y títulos de carácter transversal u horizontal (ordenación del territorio, protección del medio ambiente y sanidad), aunque también esté en juego otro título de carácter sectorial como la sanidad (art. 149.1.16 CE).

El estrecho entrecruzamiento competencial que se produce en estas materias hace que la delimitación sea singularmente complicada. Así se ha evidenciado en varias sentencias del Tribunal Constitucional en las que se concluyó que cuando concurren diversos títulos competenciales no deban vaciarse de contenido debiéndose limitar y contrapesar (STC 168/1993, de 27 de mayo [RTC 1993, 168], F. 4). Un criterio interpretativo que es aplicable a la concurrencia competencial que ahora nos ocupa: industria, ordenación del territorio, urbanismo, protección del medio ambiente y protección de la salud son títulos que se

limitan y contrapesan recíprocamente, que no pueden vaciarse mutuamente de contenidos y que han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial. **La dificultad estriba en saber hasta dónde puede llegar el ejercicio de una u otra competencia.** Por ello, conviene tener presente que, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, «cuando se ofrezcan por las partes en el proceso constitucional diversas calificaciones sustantivas de las disposiciones o actos en conflicto que pudieran llevar a identificaciones competenciales también distintas, ha de apreciarse para llegar a una calificación competencial correcta, tanto el sentido o finalidad de los variados títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido delimitando así la regla competencial aplicable al caso» (SSTC 153/1989, de 5 de octubre [RTC 1989, 153], F. 5; y 197/1996, de 28 de noviembre [RTC 1996, 197], F. 3).

Por otra parte, cuando el entrecruzamiento se produce, además, entre una competencia estatal sectorial con proyección o incidencia sobre el mismo espacio físico, y una competencia autonómica horizontal como la ordenación territorial, debe tenerse presente la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual «por lo que a la coexistencia de las competencias autonómicas sobre ordenación del suelo y de las competencias estatales de carácter sectorial se refiere, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia sobre ordenación del territorio tiene, precisamente, la finalidad de que su titular pueda formular una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones, incluida la estatal» mientras que, por otro lado, «este tipo de competencias de las que es titular el Estado, si bien no persiguen de forma directa la ordenación del territorio, sí ... viene a condicionar la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas» (SSTC 40/1998, de 19 de febrero [RTC 1998, 40], F. 30; y 204/2002, de 31 de octubre [RTC 2002, 204], F. 7). Por ello, «**al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación**» pues «si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982 [RTC 1982, 18] y 152/1988 [RTC 1988, 152], entre otras) y si la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en

buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía (STC 181/1988 [RTC 1988, 181], F. 7), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983 [RTC 1983, 32], 77/1984 [RTC 1984, 77], 227/1987 [RTC 1987, 227] y 36/1994 [RTC 1994, 36]), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etcétera» (de nuevo, SSTC 40/1998, de 18 de febrero [RTC 1998, 40], F. 30; y 204/2002, de 31 de octubre [RTC 2004, 204], F. 7). **No obstante, si esos cauces resultan insuficientes, el Tribunal ha afirmado que «la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente»** (STC 77/1984, de 3 de julio [RTC 1984, 77], F. 3), **sin que el Estado pueda «verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma»** (STC 56/1986, de 13 de mayo [RTC 1986, 56], F. 3; STC 204/2002, de 31 de octubre [RTC 2002, 204], F. 7).

En el caso de la ley de Cantabria 1/2013 confluyen dos competencias sectoriales régimen minero y energético y sanidad y varios títulos competenciales transversales u horizontales ordenación del territorio, protección del medio ambiente y, en parte, sanidad). En concreto, en cuanto a a Sanidad como ya hemos indicado la competencia es compartida, correspondiendo al Estado el establecimiento de la legislación básica (art. 149.1.16 CE). **Sin embargo, en esta materia, fracturación hidráulica¹³, no existe una normativa estatal que establezca unos mínimos niveles de protección de la salud.** En materia de telecomunicaciones el carácter básico de la regulación estatal de los niveles tolerables de emisión, supone concluir que las Comunidades Autónomas no pueden alterar esos estándares, ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de las emisiones, no sólo porque ello resulte contrario a las bases establecidas por el Estado en materia sanitaria, sino también porque de esa forma se vulnerarían, en último término, las competencias legítimas del Estado en materia de

telecomunicaciones¹⁴.

En materia de fracturación hidráulica no existe normativa estatal en la que se establezcan unos estándares que garanticen en todo el territorio del Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad. No existe una regulación general en la que se fijen unos criterios mínimos de seguridad en el uso de esta técnica minera, no hay normativa que establezca límites referidos a la salud.

Por lo tanto, hemos de concluir que la Comunidad Autónoma de Cantabria ha dictado la Ley 1/2013 con pleno respeto a las competencias estatales, en este caso básicas, desarrollando y dando aplicación práctica al principio de salud en todas las políticas y al principio de precaución, sin que en ningún caso se haya producido vulneración alguna de normativa estatal.

En el artículo 1 de la Ley se dispone que queda prohibido en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria el uso de la fractura hidráulica o fracking como técnica que, por medio de la inyección de aditivos químicos, es susceptible de ser utilizada

14 De acuerdo con lo que se deduce de la propia regulación estatal, RD. 424/2005, de 15 de abril, la determinación por el Estado de los niveles tolerables de emisión no se basa en la competencia de telecomunicaciones, sino en la competencia para establecer las bases en materia de sanidad ex art. 149.1.16 CE. Es preciso, por tanto, afirmar que la norma que establece los niveles de emisión y que sirve de canon de constitucionalidad del precepto autonómico, satisface los requisitos, tanto de orden material como formal, que han de reunir las normas básicas, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 69/1988, de 19 de abril [RTC 1988, 69], F. 5; 109/2003, de 5 de junio [RTC 2003, 109], F. 4; 88/2010, de 15 de noviembre [RTC 2010, 88], F. 4; y 148/2011, de 28 de septiembre [RTC 2011, 148], F. 6).

Desde una perspectiva material, el precepto también tiene carácter pues establece unos estándares que garantizan en todo el territorio del Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir de los cuales cada Comunidad Autónoma puede, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto (por todas, SSTC 69/1988, de 19 de abril, F. 5). En efecto, la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no sólo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. A través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones.

13 Al contrario de lo que sucede en telecomunicaciones.

para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional. Esta regulación se completa en el artículo segundo concretando las medidas necesarias para la paralización de las actividades, de esta forma, se habilita a las autoridades y funcionarios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma, así como las de las Administraciones Locales de Cantabria, a velar por el respeto y cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley y adoptar, dentro de sus respectivas competencias, las medidas oportunas para la paralización de las actividades que se realizaran contraviniendo lo dispuesto en esta ley, así como para la reposición de la situación alterada a su estado originario. Como medida garantizadora del cumplimiento de la ley, en el art. 3 se considera infracción urbanística el empleo de la técnica referida y en la Disposición Transitoria Única se indica que la Ley será de aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida tanto a los ya concedidos o en tramitación, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor.

Finalmente, únicamente hemos de matizar que la Ley cántabra es más restrictiva que la del país vecino debido a que Ley 2011-835, no tiene efecto inmediato, pues el artículo 3 prevé un plazo de dos meses desde su promulgación (que expiró el 13 de septiembre 2011) para que los titulares de permisos exclusivos de investigación de hidrocarburos remitieran a la autoridad competente un informe donde se detallaran “*las técnicas empleadas o proyectadas en el ámbito de sus actividades de investigación*”. Es decir, parece que en la norma francesa, la prohibición legal va seguida de un acto administrativo de revocación diferido en dos meses y condicionado a la intervención del propio titular del permiso¹⁵.

¹⁵ La Administración competente en materia energética recibió 64 informes, correspondientes a otros tantos permisos vigentes, y mediante árrete de 12 de octubre de 2011 se revocaron tres de ellos, los relativos a explotaciones de gas de esquisto que utilizaban la técnica de la fractura hidráulica. Los titulares de los otros 61 permisos de hidrocarburos que siguen vigentes, por su parte, se han comprometido formalmente a no utilizar la fractura hidráulica y limitarse a los yacimientos convencionales.

A MODO DE REFLEXIÓN Y CRÍTICA EN TORNO A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y A ALGUNAS DE LAS ENMIENDAS PRESENTADAS EN RELACIÓN CON LA EPIDEMIOLOGÍA Y LA SALUD¹

M^a Mercedes Serrano Pérez
Profesora Derecho Constitucional
Universidad Castilla-La Mancha

Carmen Navarro Sánchez
Servicio de Epidemiología. Consejería de Sanidad y Política Social
Murcia y CIBER de Epidemiología y Salud Pública (CIBERESP)

Óscar Zurriaga Llorens
Servicio de Estudios Epidemiológicos y Estadísticas Sanitarias.
Dirección General de Salud Pública. Conselleria de Sanitat. Comunitat Valenciana, (CIBERESP)

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA SALUD.

2. EL MARCO JURÍDICO GENERAL DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD Y A LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA QUE CONTIENE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LAS ENMIENDAS PRESENTADAS.

2.1 Marco jurídico general del tratamiento de datos relativos a la salud.

2.2 Enmiendas presentadas por el Informe LIBE al art. 81 de la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos y comentario crítico.

2.3 Enmiendas presentadas por el Informe LIBE al art. 83 de la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos y comentario crítico.

3. EJEMPLOS CONCRETOS DE TRATAMIENTO DE DATOS EN EL CAMPO DE LA INVESTIGACIÓN Y LA INCIDENCIA QUE LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS PODRÍA TENER EN ELLOS.

¹La comunicación presentada tiene su origen en el Informe que el Grupo de Trabajo realizó para la SEE en febrero de 2013 y que, a petición de los europarlamentarios españoles integrantes del Grupo LIBE, se elevó a dicha Comisión para intentar defender y argumentar un rechazo común a las enmiendas redactadas en el Informe de la Comisión de las Libertades Civiles LIBE (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (2012/0011/(COD)), que afectaban especialmente a la epidemiología y a la investigación en el campo de la salud. En la fecha de finalización de esta comunicación el contenido de la propuesta de Reglamento europeo todavía no está cerrado.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA SALUD.

La preocupación por la protección de datos en el espacio europeo constituye un tema recurrente desde hace ya algunas décadas. La protección de datos de carácter personal, que no busca sino la tutela del individuo titular de los datos y la defensa de sus derechos, ha sido objeto de atención y de regulación a través de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos (DO L 281, de 23 de noviembre de 1995), que recoge los criterios de carácter general y de aplicación común que han de presidir el tratamiento de la información de carácter personal. La Directiva incluye también excepciones y preceptos aplicables a sectores concretos que precisan, para reforzar la utilidad de la información sin vulnerar los derechos de los interesados, detallar los aspectos generales de las normas para los tratamientos realizados en sectores particulares. Tanto en un caso como en otro, la perspectiva europea, con excelente buen criterio, ha intentado equilibrar dos elementos situados aparentemente en extremos contrarios y por lo tanto demandantes de un acercamiento racional y ajustado a derecho. En efecto, el tratamiento de la información de carácter personal y la protección del individuo y de sus derechos parecen situarse, en principio, en una irreconciliable posición que corre el riesgo de desequilibrarse a favor del uso de los datos con pocas limitaciones para ello, o bien decantarse por la garantía extrema del individuo, con posibilidades limitadas de permitir el manejo de información personal.

Se incurriría en un proceso involutivo si se ignorasen los avances que el tratamiento de la información, tanto manual como informatizada, representan en la sociedad actual. Especialmente el tratamiento informatizado permite superar las barreras del espacio y del tiempo, y por tanto disponer con facilidad de información personal, lo que incide en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos en los sectores en los que se aplica. Las ventajas de las tecnologías parecen ser ilimitadas, desde luego se constata su avance a un ritmo vertiginoso. Ahora bien, junto a las reconocidas ventajas no puede negarse que existen riesgos y amenazas para los derechos de la persona. En efecto, el uso de los datos de carácter personal al margen de principios y límites que lo sometan a reglas jurídicas puede provocar una lesión en el ejerci-

cio de los derechos fundamentales. Para aprovechar las ventajas que proporciona recoger y tratar datos de carácter personal y anular o reducir los riesgos que ello puede acarrear, las normas sobre protección de datos intentan conciliar los dos elementos señalados: el tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de los derechos de los individuos.

La Directiva 95/46/CE dio origen en su momento a la elaboración de normas sobre protección de datos en los Estados miembros carentes de ellas, o a la adaptación de las normas existentes en los países que ya hubieran legislado sobre la materia. Tras el paso de los años y los continuos avances en la integración, la Unión se ha planteado como exigencia la modernización del marco europeo de la protección de datos y la homogenización de las normativas nacionales, esta vez, desde la elaboración de una norma de aplicación directa en los Estados miembros y no precisada de una adaptación e interpretación nacional posterior. El mercado único ha alcanzado también a la protección de datos de carácter personal, que con esta nueva regulación pretende eliminar las barreras y los obstáculos provenientes de la existencia de diferentes normativas en los Estados miembros, en otras palabras, aportar uniformidad al tratamiento de la información de carácter personal en el seno de la Unión. Por otra parte durante todos estos años, desde la elaboración de la Directiva hasta la actualidad, el derecho a la protección de datos de carácter personal ha sido elevado a derecho autónomo en el art. 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, en el art. 16 TFUE y en el art. 8 del CEDH, lo que revalida su posición en el espacio europeo y lo convierte, por un lado, en un aspecto clave de la protección de los derechos de los individuos en las sociedades actuales y por otro, en una materia soporte de políticas de la Unión, que necesitan para su eficacia el tratamiento de la información personal.

Así pues, la modernización del ámbito de la protección de datos desde Europa se plantea ahora, en el año 2012, a través de un Reglamento (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, 2012/001 (COD)), instrumento jurídico que tras su aprobación por las instituciones comunitarias se convertirá en norma aplicable en todos los Estados miembros, según el art. 288 TFUE. Esta situación modificará los regímenes nacionales existentes hasta ese momento, que podían contemplar alguna divergencia derivada de los

márgenes permitidos por la Directiva del año 95. Con todo, hay que señalar que los criterios recogidos en la Directiva siguen presentes en la nueva regulación en los aspectos fundamentales, lo que evidencia el buen estado de la protección de datos en Europa. Eso no es obstáculo para aceptar como necesaria la incorporación de nuevos elementos y procedimientos que mejoren la protección de los individuos y permitan seguir disfrutando de los beneficios del manejo de la información, siempre en el marco general de encontrar el equilibrio entre los dos elementos indicados.

La Comisión Europea presentó el 25 de enero de 2012 el Borrador de la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, cuya redacción definitiva es probable que se prolongue hasta el 2014. Sobre esta propuesta han surgido algunos comentarios críticos, pero especialmente tras la publicación de la enmiendas contenidas en el Informe de la Comisión de las Libertades Civiles LIBE (**Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs**) (2012/0011/(COD) que ha presentado el *Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)* (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD. Algunas enmiendas contenidas en el Informe, de ser aprobadas en los términos presentados, afectarían de forma directa al tratamiento de los datos de carácter personal en sectores específicos. Uno de los sectores perjudicados por los cambios anunciados en el ámbito europeo es el de la salud, incluyendo la investigación científica en ese espacio.

En efecto, algunas de las enmiendas incluidas en el informe suponen un retroceso importante y de consecuencias irreversibles en el campo de la salud y de la investigación científica en el mismo contexto, donde el tratamiento de datos de carácter personal relativos a la salud se convierte en un instrumento fundamental para desempeñar las funciones que la propia sociedad demanda. El retroceso ocasionaría una merma en los derechos de los individuos, tanto desde el punto de vista individual, valorando la salud como derecho subjetivo del todos los individuos en lo que respecta a un tratamiento individualizado, como desde la concepción de la salud como un bien social, un valor que pertenece a toda la sociedad y en el que los procesos de investigación tienen como objetivo la protección de aquélla y la mejora de la calidad de vida. En esta doble consideración de la salud, el tratamiento de datos de carácter personal es nece-

sario tanto para el tratamiento médico individualizado, como además, en su caso, para realizar estudios de carácter más general, desde la comprensión del dato de salud como bien colectivo que se dirige a un objetivo más elevado: la protección de la salud como bien público. La salud es, además, un bien protegido en el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El precepto señala que “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”. Por otra parte, las asociaciones sanitarias son conscientes de la necesidad de establecer un marco armonizado y coherente que favorezca las transferencias internacionales de datos, situación que, por la conexión de estas asociaciones con sus homólogas europeas, favorecerá el desempeño de sus actividades en el campo de la salud y de la investigación y mejorará los niveles de la misma para todos los ciudadanos de la Unión.

2. EL MARCO JURÍDICO GENERAL DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD Y A LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA QUE CONTIENE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LAS ENMIENDAS PRESENTADAS.

2.1 Marco jurídico general del tratamiento de datos relativos a la salud.

El tratamiento de datos relativos a la salud y a la investigación científica se infiere de la lectura conjunta de los arts. 6, 9, 81 y 83 de la Propuesta de Reglamento y de algunos considerandos implicados.

Así pues, el considerando 31 establece la **licitud del tratamiento en dos situaciones**, o bien con el consentimiento del interesado, que como novedad de la Propuesta ha de ser explícito (art. 5.8), o bien sobre una base legítima establecida por ley, ya sea en el presente Reglamento o en actos legislativos del Estado miembro o de la Unión referidos en el presente Reglamento (base o situación que legitima el tratamiento de datos al margen del consentimiento). El considerando 37 aporta algunas circunstancias en las que existe una **base legítima de tratamiento de datos sin necesidad de recabar el consentimiento, esto es**, cuando sea necesario para salvaguardar el interés esencial de la vida del interesado, expresión que equivale a un interés vital (situación que puede presentarse en el ámbito sanitario). El considerando

41 **prohíbe el tratamiento de datos sensibles** que, debido a lo delicado de la información que aportan, pueden lesionar severamente los derechos del interesado. Estos datos sólo deben tratarse si el interesado ha dado su consentimiento para ello (de nuevo ha de tratarse de un consentimiento explícito), aunque deben autorizarse **excepciones a esta posibilidad** en relación con necesidades específicas, también de forma explícita. Las excepciones que justifican el tratamiento de este tipo de datos especialmente delicados, sin necesidad de prestar el consentimiento para ello, y según el considerando 42, deben establecerse mediante un acto legislativo y con las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales y los datos personales. Y entre esas razones justificativas, el mismo considerando prevé **motivos de interés público, incluidas la sanidad pública, la protección social y la gestión de servicios de asistencia sanitaria, especialmente para garantizar la calidad y la rentabilidad de los procedimientos utilizados para resolver reclamaciones de prestación y de servicios en el régimen del seguro de enfermedad o para fines de investigación científica, histórica o estadística**. Por último, el considerando 122, dice que el tratamiento de datos personales relativos a la salud, como categoría especial de datos que requiere mayor protección, puede justificarse, se entiende que sin el consentimiento del interesado, por motivos legítimos en beneficio de los ciudadanos y la sociedad en su conjunto, en particular cuando se trate de garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria transfronteriza. Por tanto, el motivo legítimo del beneficio de los ciudadanos sustituye, en estos casos, la necesidad de recabar el consentimiento.

Analizando ya el articulado de la norma, encontramos, en primer lugar, una amplia definición de datos relacionado con la salud, recogida en el art. 4.12, que habría que completar con el considerando 26. Según el precepto citado **“datos relativos a la salud”** es “cualquier información que se refiere a la salud física o mental de una persona o a la asistencia prestada por los servicios de salud de la persona”. Y según el considerando 26, los datos relativos a la salud deben incluir, “en particular todos los datos relativos a la salud del interesado: información sobre el registro de la persona para la prestación de servicios sanitarios, información acerca de los pagos o de la admisibilidad para la atención sanitaria con respecto a la persona; un número, símbolo u otro dato asignado a una persona que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; cualquier información recogida durante la prestación de servicios sanitarios a esta; información derivada de las pruebas o los

exámenes de una parte del cuerpo o sustancia corporal, incluidas muestras biológicas; identificación de una persona como prestador de asistencia sanitaria a la persona; o cualquier información sobre, por ejemplo, toda enfermedad, discapacidad, riesgo de enfermedades, historia médica, tratamiento clínico, o estado fisiológico o biomédico real del interesado, independientemente de su fuente, como por ejemplo, cualquier médico u otro profesional de la sanidad, hospital, dispositivo médico o prueba diagnóstico in vitro”. Como se aprecia el concepto de **dato relativo a la salud es amplísimo**, aunque quizá merezca una reflexión la exclusión de los **datos genéticos** del concepto de dato relativo a la salud que contempla la Propuesta de Reglamento, y considerar su inclusión, habida cuenta de su utilización también por razones de salud pública.

El art. 9 de la Propuesta prohíbe el tratamiento de datos especialmente delicados o sensibles, entre ellos los datos relativos a la salud, salvo las excepciones contempladas en el apartado 2, entre las que se encuentran la prestación del consentimiento para el tratamiento de dichos datos; o bien, en el apartado h), si el tratamiento de datos relativos a la salud es necesario a efectos sanitarios y en las condiciones del art. 81; o bien, en tercer lugar, letra i), si el tratamiento es necesario a los fines de una investigación histórica, científica o estadística con la observancia de las condiciones y garantías del art. 83. Por otra parte, el tratamiento de datos personales será lícito si, según el art. 6, el interesado consiente el mismo o bien, sin necesidad de recabar el consentimiento, el tratamiento de los datos es necesario a efectos de investigación histórica, estadística y científica, de nuevo con el cumplimiento de las garantías del art. 83 (art. 6.2).

Por resumir el estado de la cuestión:

El tratamiento de datos relativos a la salud, que son especialmente sensibles, queda prohibido como regla general, salvo:

- que el sujeto haya consentido su tratamiento (mediante un consentimiento explícito)
- que sean datos de salud con fines sanitarios y con el cumplimiento de las condiciones del art. 81, que son todas razones sanitarias y que veremos a continuación. La finalidad sanitaria constituye la razón de interés público que ampara el tratamiento de estos datos sin el consentimiento (lo que no impide que el sujeto lo preste, pero lo contrario no puede impedir el tratamiento).

Por otro lado, el tratamiento de los datos (todos los datos del art. 9, incluidos los datos relativos a la salud) con fines de investigación histórica, estadística o científica se justifica sin el consentimiento del interesado bajo las condiciones y garantías del art. 83 (art. 9.2 i).

2.2 Enmiendas presentadas por el Informe LIBE al art. 81 de la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos y comentario crítico.

El art. 81 recoge las circunstancias del tratamiento de los datos relativos a la salud, de conformidad con el art. 9.2 h), que acabamos de analizar, por tanto sin el consentimiento del interesado, siempre que sea necesario (condiciones del art. 81):

1. a) a los fines de la medicina preventiva o la medicina del trabajo, el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o el tratamiento o la gestión de los servicios de asistencia sanitaria, siempre que tales datos sean tratados por un profesional sanitario sujeto a la obligación del secreto profesional o por otra persona también sujeta a una obligación de confidencialidad equivalente en virtud de la legislación del Estado miembro o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes; o b) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección contra riesgos sanitarios transfronterizos graves, o para garantizar altos niveles de calidad y seguridad de los medicamentos o del material sanitario; o c) por otras razones de interés público en ámbitos como la protección social, especialmente a fin de garantizar la calidad y la rentabilidad de los procedimientos utilizados para resolver las reclamaciones de prestaciones y de servicios en el régimen del seguro de enfermedad.

2. El tratamiento de datos personales relativos a la salud que sea necesario para los fines de la investigación histórica, estadística o científica, como el establecimiento de registros de pacientes con el fin de mejorar el diagnóstico, distinguir entre tipos de enfermedades similares y preparar estudios para terapias, estará supeditado al cumplimiento de las condiciones y garantías contempladas en el artículo 83.

3. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87, a fin de especificar otras razo-

nes de interés público en el ámbito de la salud pública a que se refiere el apartado 1, letra b), así como los criterios y requisitos de las garantías del tratamiento de datos personales a los fines a que se hace referencia en el apartado 1.

La enumeración que contiene el precepto debe considerarse taxativa, salvo la previsión del apartado 3, en relación con la posibilidad de incluir mediante un acto delegado otras razones de interés público que permitan el tratamiento de datos, lo que puede generar una cierta inseguridad jurídica. Aunque también puede facilitar la adaptación del tratamiento de datos en este terreno a las necesidades que se vayan presentando, por la agilidad del procedimiento para incorporar nuevas situaciones a la regulación general del precepto. *Sensu contrario*, hay que entender que el tratamiento de datos relativos a la salud fuera de los supuestos del art. 81.1 precisará el consentimiento explícito del interesado, aunque expresamente no lo diga el precepto.

La **Sociedad Española de Epidemiología (SEE) PROPONE UNA ENMIENDA** al apartado 1 b) del art. 81 para clarificar las razones de interés público en el ámbito de la salud pública que legitiman el tratamiento de los datos. Según la redacción de la Propuesta de Reglamento las razones de interés público parecen circunscribirse solamente a las que el texto recoge expresamente. Para evitar una interpretación literal (por tanto excluyente de otras razones) se propone la siguiente redacción: “b) por razones de interés público en el ámbito de la sanidad, **entre ellas**, la protección contra riesgos transfronterizos graves, o para garantizar altos niveles de calidad y seguridad de los medicamentos o del material sanitario, o”

El Informe LIBE añade un nuevo apartado 1 al art. 81, a través de la **Enmienda 326**, que no parece tener mucho sentido, según el cual: “Cuando los propósitos referidos en los puntos a y c del apartado 1 puedan ser alcanzados sin el uso de datos de carácter personal tales datos no deben ser utilizados para dichos propósitos”, lo que a nuestro juicio se conseguiría por aplicación de los principios de la calidad de los datos. En concreto el apartado c del art. 5 que alude a los datos “adecuados, pertinentes y limitados al mínimo necesario en relación a los fines para los que se traten, sólo se tratarán si y siempre que estos fines no pudieran alcanzarse mediante el tratamiento de información que no implique datos personales”. La enmienda es repetitiva respecto de un principio general de observancia en el tratamiento de datos de carácter personal. **SE PROPONE EL RECHAZO A ESTA ENMIENDA.**

Mucha más relevancia tiene la **Enmienda 327** presentada por el Informe LIBE al apartado segundo del art. 81, por lo que supone para los fines de una investigación científica. La Enmienda 327 propone que “los tratamientos de datos personales relativos a la salud que son necesarios a los fines de la investigación científica, estadística o histórica deberán ser permitidos sólo con el consentimiento del interesado y en las condiciones y garantías del art. 83”.

Como ya hemos referido, el art. 83, interpretado a la luz del art. 6 de la Propuesta de Reglamento, legitima el tratamiento de datos con fines históricos, estadísticos y científicos al margen del consentimiento, en los límites del propio precepto, esto es, si dichos fines no pueden alcanzarse sin identificar o permitir identificar al interesado o bien si los datos que atribuyen la información se conservan separados sin impedir esto la consecución de dichos fines. La enmienda, por lo tanto, modifica sustancialmente las condiciones de tratamiento de los datos para los fines de investigación histórica, científica y estadística al demandar un consentimiento que sería explícito, por ser ésta la regla general en los casos en que hace falta prestarlo. La obligación de recabar un consentimiento explícito, consentimiento que no puede deducirse de ninguna acción del sujeto (por tanto no cabe un consentimiento tácito, como en la norma europea vigente de protección de datos), reduciría las posibilidades de la investigación científica, al poner una traba añadida a la labor investigadora. Hay que recordar a estos efectos que los beneficios de la actividad investigadora en materia de salud revierten en la propia sociedad, ya que permiten avanzar en materia de salud pública, desde el punto de vista de su concepción como bien y valor social que merece la máxima protección. **No quiere decirse con ello que el derecho a la protección de datos quede despojado de toda garantía, pero una condición de uso tan extrema en este campo no puede considerarse aceptable en una racional ponderación de todos los intereses en juego.** Ello teniendo en cuenta, además, que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto y como todos debe admitir limitaciones en función de la protección de otros bienes y derechos dignos de tutela. Por otro lado, la observancia del resto de criterios y principios de la norma no queda exceptuada, por lo que los principios de calidad de los datos, las obligaciones del responsable del tratamiento, especialmente el secreto y la confidencialidad y los derechos de los individuos continúan gozando de aplicación. Por tanto, no se trata de defender una reducción de las garantías que deben rodear el tratamiento de datos con estos fines, sino de permitir su utilización

en materia de investigación, sin el refuerzo de un requisito que condenaría a la investigación a la ineficacia. La necesidad de recabar el consentimiento explícito para el tratamiento de este tipo de datos no puede defenderse. **SE PROPONE EL RECHAZO A ESTA ENMIENDA.**

El Informe LIBE añade, a través de la **Enmienda 328**, el apartado 2 a) (nuevo) al art. 81, según el cual “El derecho de los Estados miembros debería establecer excepciones al requisito del consentimiento para la investigación a que se refiere el apartado 2 en relación con la investigación que sirve a un interés público excepcionalmente alto, si la investigación no puede llevarse a cabo de otra manera. Los datos en cuestión serán anonimizados, o si esto no fuera posible a los fines de la investigación pseudonimizados bajo los más altos estándares técnicos y adoptándose las medidas necesarias para prevenir la reidentificación de los interesados. Dicho tratamiento estará sujeto a la autorización de la autoridad supervisora competente, de conformidad con el art. 34 (1).

Esta enmienda, que prevé que el derecho de los Estados miembros establezca excepciones a la prestación del consentimiento (explícito) para el tratamiento de los datos con fines históricos, estadísticos y científicos, hay que ponerla en relación con la exigencia de recabar el consentimiento para esos tratamientos, que ya se ha introducido mediante la modificación del art. 81 apartado a) a través de la enmienda anterior (327). El rechazo de la enmienda anterior nos lleva también al rechazo de la posibilidad de admitir excepciones a la prestación del consentimiento, requisito sobre el que en materia de tratamiento de datos con fines estadísticos, históricos y científicos ya nos hemos pronunciado. **SE PROPONE EL RECHAZO A ESTA ENMIENDA.**

2.3. Enmiendas presentadas por el Informe LIBE al art. 83 de la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos y comentario crítico.

El art. 83 de la Propuesta de Reglamento señala que:

Tratamiento para fines de investigación histórica, estadística o científica.

1. Dentro de los límites del presente Reglamento, podrán tratarse los datos personales para fines de investigación histórica, estadística o científica sólo si:

a) dichos fines no pueden lograrse de otra forma mediante un tratamiento de datos que no permita o que ya no permita la identificación del interesado;

b) los datos que permitan la atribución de información a un interesado identificado o identificable se conservan por separado del resto de la información, en la medida en que dichos fines puedan lograrse de este modo.

2. Los organismos que llevan a cabo investigaciones históricas, estadísticas o científicas podrán publicar o hacer públicos por otra vía datos personales sólo si:

a) el interesado ha dado su consentimiento en las condiciones establecidas en el artículo 7;

b) la publicación de los datos personales es necesaria para presentar los resultados de una investigación o para facilitar una investigación, siempre que los intereses o los derechos o libertades fundamentales del interesado no prevalezcan sobre tales objetivos; o

c) el interesado ha hecho públicos los datos.

3. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados, de conformidad con el artículo 86, a fin de especificar los criterios y requisitos del tratamiento de los datos personales a los efectos mencionados en los apartados 1 y 2, así como las limitaciones necesarias a los derechos de información y de acceso por parte del interesado, y de detallar las condiciones y garantías de los derechos del interesado en tales circunstancias.

El Informe LIBE propone la **Enmienda 334** al art. 83.1 en los términos siguientes: “Dentro de los límites del presente Reglamento podrán tratarse los datos personales para fines de investigación histórica, estadística o científica no estando incluidas las categorías de datos a que se refieren los arts. 8 y 9 sólo si”

La Enmienda hay que entenderla en una lectura conjunta de las Enmiendas 336 y 337 que “introducen como nuevos los apartados 1a) y 1b) que exigen la recogida del consentimiento explícito del interesado para el tratamiento de los datos de los arts. 8 y 9 (recuérdese que el art. 8 se refiere al tratamiento de datos de niños y el 9 recoge el tratamiento de los datos sensibles), que sirvan a altos intereses públi-

cos y que sean anonimizados o seudonimizados. Ya hemos justificado el tratamiento de los datos para fines históricos, científicos y estadísticos sin necesidad de recabar el consentimiento, tal y como lo contempla la propuesta de Reglamento en el art. 9.2 h), dentro de las garantías del 83. Por tanto rechazamos la enmienda y defendemos la redacción del texto tal y como consta en la Propuesta. **SE PROPONE EL RECHAZO A ESTA ENMIENDA**

El Informe LIBE propone en la **Enmienda 335** un texto alternativo al art. 83.1.b): “los datos que permitan la atribución de información a un interesado identificado o identificable se conservarán por separado del resto de la información”, texto que suprime la última parte del propuesto por el Reglamento y que por lo tanto no admite la posibilidad de lo contrario (esto es, de mantener los datos que aportan la información asociados a una persona), en atención a la consecución de los fines de la investigación histórica, estadística o científica. En el campo de la investigación científica con fines de salud pública trabajar con datos de carácter personal que identifiquen a la persona resulta una exigencia derivada de su propia finalidad. En materia de salud y de investigación científica, el tratamiento de datos anónimos o disociados, por tanto que sólo aportan información, sin llegar a permitir la identificación del sujeto titular de los mismos, obstaculizará de forma absoluta la finalidad de registros, estudios y otros instrumentos de investigación que necesitan, además de conocer la información objetiva, atribuirle al sujeto que padece la enfermedad o está en riesgo de padecerla, con el fin de no mermar la protección de la salud desde un punto de vista individual, pero también desde una perspectiva colectiva. **SE PROPONE EL RECHAZO A ESTA ENMIENDA.**

El Informe LIBE propone un nuevo apartado 1 a) al art. 83, en la **Enmienda 336**, con el siguiente texto: “Sin perjuicio de las excepciones del apartado 1 b) los datos incluidos dentro de las categorías de datos a que se refieren los arts. 8 y 9 podrían ser tratados para fines de investigación histórica, científica y estadística sólo con el consentimiento del interesado”. Por las razones ya expuestas, **SE PROPONE EL RECHAZO A ESTA ENMIENDA.**

El Informe LIBE propone un nuevo apartado b) al art. 83.1, en la **Enmienda 337**, con el siguiente texto: “El derecho de los Estados miembros debería prever excepciones a la exigencia del consentimiento ya referido en el apartado 1 a) de acuerdo a la investigación que sirva excepcionalmente a altos intereses

públicos si esa investigación no puede ser alcanzada de otra manera. Los datos en cuestión deben ser anónimos o, si esto no es posible a los fines de la investigación, seudonimizados bajo altos estándares técnicos y adoptándose las medidas necesarias para prevenir la reidentificación del interesado. Dicho tratamiento deberá ser sometido a autorización previa por la autoridad supervisora competente de conformidad con el art. 34 (1)''.

Esta enmienda debe ser interpretada de acuerdo con la enmienda introducida a través del apartado 1 a), que exige la prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos del art. 9 para los fines históricos, científicos y estadísticos. Esta nueva enmienda prevé la posibilidad de excepcionar la regla general de la prestación del consentimiento (además sujeta a un concepto jurídico absolutamente indeterminado "que sirva excepcionalmente a altos intereses del Estado"). El rechazo a la enmienda anterior justifica también el de ésta. **SE PROPONE EL RECHAZO A ESTA ENMIENDA.**

El Informe LIBE propone la supresión del apartado b) art. 83.2, en la **Enmienda 339**, y aunque es altamente improbable que se puedan publicar datos de investigación permitiendo la identificación del sujeto, se defiende el mantenimiento del art. 83.2 b) en los términos de la propuesta de Reglamento, ya que quedan suficientemente garantizados los derechos y libertades fundamentales del interesado. **SE PROPONE LA SUPRESIÓN DE ESTA ENMIENDA.**

3. EJEMPLOS CONCRETOS DE TRATAMIENTO DE DATOS EN EL CAMPO DE LA INVESTIGACIÓN Y LA INCIDENCIA QUE LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE DATOS PODRÍA TENER EN ELLOS.

3.1 Ejemplo 1: Sistema de Información sobre Enfermedades Raras en la Comunitat Valenciana.

El Sistema de Información sobre Enfermedades Raras en la Comunitat Valenciana (SIER-CV) establecido en la Orden 4/2012 de 7 de marzo, de la Conselleria de Sanitat (DOCV Núm. 6748 de 4 de abril de 2012) tiene como objeto cubrir las necesidades de información epidemiológica sobre enfermedades raras (ER), incluyendo las anomalías congénitas, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, proporcionando información de validez contrastada sobre la

incidencia y prevalencia de las mismas, favoreciendo el análisis de los factores asociados, proveyendo indicadores que posibiliten la comparación con otros territorios y facilitando la información necesaria para orientar la elaboración y evaluación de las actividades de prevención.

Para poder alcanzar este objetivo es necesario establecer cuántas personas están afectas de ER en la población. Dadas las peculiaridades de las ER, es necesario poder realizar la búsqueda de las personas afectadas en múltiples fuentes y por ello el primer paso es identificar qué fuentes contienen información sobre pacientes diagnosticados de ER. En ese sentido las fuentes corporativas del sistema de salud que disponen de información de diagnósticos y de identificación personal son básicas (altas hospitalarias, atención primaria, farmacia), pero se hace necesario recurrir también a otro tipo de fuentes no integradas en las fuentes sanitarias (como el sistema de atención a la dependencia, o las educativas) en las que el diagnóstico también está presente pero la identificación personal se realiza por medios diferentes a los de las fuentes sanitarias. Por ello es necesario disponer de datos de carácter personal que permitan realizar un cruce efectivo de dichas fuentes identificando de manera fehaciente a las personas para evitar los duplicados y las inconsistencias cuando se desea establecer, con fines de vigilancia poblacional, cuántos son los afectados por las ER. Esta tarea de cruce de información con la finalidad de identificar casos es vital, siendo un trabajo arduo y en el que se ha podido avanzar en los últimos tiempos gracias, precisamente, a la existencia de identificadores compartidos entre las diferentes fuentes de origen sanitario.

La solicitud de consentimiento específica para efectuar esto se convierte en muy difícil o impracticable, ya que cada una de las fuentes de las que se parte tiene una dependencia diferente, una gestión específica y, cuando se accede a la información para utilizarla en el SIER-CV, ha transcurrido un cierto tiempo desde que la información fue recogida siendo muy difícil, y costoso, contactar con cada una de las personas incluidas en esas fuentes para solicitar su consentimiento.

El hecho de tratarse de enfermedades de muy baja frecuencia implica que se deba ser muy exhaustivo en la búsqueda de casos, ya que la pérdida de identificación de un solo caso dificulta, en la mayoría de las enfermedades consideradas, el análisis e interpretación de los datos, haciendo más difícil orientar y evaluar las actividades de prevención (uno de los

objetos del SIER-CV).

La solicitud de consentimiento para la recogida y utilización para los fines de vigilancia poblacional del SIER-CV, implicaría, casi con total seguridad, la imposibilidad de disponer de manera efectiva de esta información, dificultando enormemente la tarea, retrasándola en el tiempo y encareciéndola hasta el punto de no ser viable.

El SIER-CV tiene establecido, en la Orden de creación antes citada, un artículo sobre confidencialidad y protección de datos, en el que se estipula que se garantiza la confidencialidad de la información, asegurando además que su uso será estrictamente sanitario de acuerdo a lo establecido en la Ley 14/1986 General de Sanidad, en su artículo 10.3, y en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, en sus artículos 7 a 11.

3.2 Ejemplo 2: Estudio Prospectivo Europeo sobre Dieta, Cáncer y Salud (EPIC)

Qué es EPIC y cuál es su contribución a la mejora de la salud de la población EPIC (*European Prospective Investigation into Cancer and nutrition*) (<http://epic.iarc.fr/>) es un estudio de cohortes de más de 500.000 hombres y mujeres de diez países europeos (Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda, Noruega, España, Suecia y Reino Unido), que fue promovido por la Agencia Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (IARC/OMS) y financiado inicialmente por el Programa Europa Contra el Cáncer de la Comisión Europea y los gobiernos y agencias nacionales de investigación de los países participantes. Su objetivo es investigar la relación entre la dieta, el estado nutricional, los estilos de vida y factores genéticos y ambientales y la incidencia de cáncer y otras enfermedades crónicas.

Los resultados de las investigaciones de EPIC se han publicado en las principales revistas médicas a nivel mundial –más de 300 artículos en la última década– y han aparecido en diversos medios de comunicación internacional como *Le Monde*, *Le Figaro*, *El País*, *The Guardian*, *The Telegraph*, *The Daily Mail*, *Corriere della Sera*, *la Repubblica*, *New York Times*, *BBC News*, *CNN*, *USA Today*.

Las contribuciones de EPIC sobre cuáles son los factores de riesgo o de protección de la dieta, la actividad física y otros estilos de vida que se relacionan con el riesgo de padecer cáncer han sido de referen-

cia para la elaboración de recomendaciones sobre prevención del cáncer y otras enfermedades crónicas por la Organización Mundial de la Salud, el *World Cancer Research Fund (WCRF)* y gobiernos nacionales y regionales. Podemos citar un ejemplo sobre el cáncer colorrectal. La hipótesis de que una dieta rica en fibra reduce el riesgo de cáncer colorrectal mientras que una rica en carnes rojas y embutidos lo aumenta fue definitivamente confirmada por los resultados de EPIC. Estos resultados se publicaron en revistas científicas de gran relevancia y se han aplicado en las recomendaciones más recientes de las Guías del WCRF sobre estrategias dietéticas y estilos de vida saludables para la prevención del cáncer, que son de referencia mundial. (http://www.dietandcancerreport.org/expert_report/recommendations/index.php).

Porqué es necesario el acceso a datos personales en EPIC. Los estudios de cohortes, como EPIC, recogen información sobre dieta, hábitos de vida, antecedentes médicos, mediciones antropométricas, muestras de sangre, etc., de las personas sanas participantes al inicio del estudio. Posteriormente los investigadores han de identificar a los que desarrollan un cáncer, diabetes, u otras enfermedades a lo largo de muchos años de seguimiento para analizar si alguno de los factores se asocia al riesgo de desarrollar la enfermedad. Para ello es necesario disponer de datos de carácter personal que permitan realizar un cruce efectivo para identificar de manera fehaciente a los participantes en la cohorte en los registros de estas enfermedades, como el cáncer, que a su vez dependen del acceso a otros registros médicos (historias clínicas, tarjeta sanitaria, radioterapia, etc.) y también necesitan cruzar diversas fuentes de datos.

EPIC ha sido posible en España cumpliendo con la Directiva Comunitaria sobre Protección de Datos 95/46/EC y la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, (LOPD). La nueva legislación comunitaria debe seguir haciendo posible la investigación epidemiológica, como el estudio EPIC, que necesita el uso del enlace de registros con datos personales para que sea factible y a un coste razonable.

EFICACIA EN EL USO DE LOS RECURSOS HUMANOS DISPONIBLES: PROLONGACIÓN DE LA PERMANENCIA EN EL SERVICIO ACTIVO DEL PERSONAL SANITARIO DE LA GERENCIA REGIONAL DE SALUD DE CASTILLA Y LEÓN

María Eugenia Cobo Gadea

Letrada de la Asesoría Jurídica

Consejería de Sanidad. Junta de Castilla y León

Rebeca de la Fuente Villar

Letrada de la Asesoría Jurídica

Gerencia Regional de Salud de Castilla y León

PALABRAS CLAVE

Plan, ordenación, personal, eficiencia, permanencia, jubilación.

El grave y complicado contexto económico que vivimos en todos los ámbitos y sectores, ha impuesto unos objetivos de déficit público muy estrictos a todas las Comunidades Autónomas, incluida Castilla y León¹. La necesidad de afrontar con éxito este objetivo ha obligado a adoptar medidas de control y restricción del gasto público y de incremento de los ingresos. Dentro del primer grupo se encuentran las que pretenden una más eficaz utilización de los recursos humanos disponibles; en este sentido, y entre otras medidas el Plan Económico-Financiero de Reequilibrio Presupuestario 2012-2014 hace especial

mención, al Plan de Ordenación de Recursos Humanos (en adelante PORH) que, referido al personal que presta servicios en Centros e Instituciones Sanitarias del Sistema Público de Salud, incluye “*la previsión de jubilación a los 65 años de edad*”. De este modo, se pretende garantizar la prestación eficaz y eficiente del servicio público de salud a través de la optimización de recursos humanos y materiales disponibles, garantizando su pervivencia.

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (BOE 17 de diciembre de 2003), aun manteniendo la regulación específica que, respecto del personal estatutario ha existido históricamente, derivada de las especiales características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como de las peculiaridades del Sistema Nacional de Salud, deroga el régimen estatutario definido por los tres estatutos de personal -todos ellos preconstitucionales-sustituyéndolo por el marco básico que compone el propio estatuto.

¹ Plan Económico-Financiero de Reequilibrio Presupuestario 2012-2014 adoptado por la Comunidad de Castilla y León y en el que se recoge el contenido mínimo fijado en el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 14 de septiembre de 2004.

El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud señala en su artículo 26² que la jubilación se declara al cumplir el interesado los 65 años de edad, estableciendo una serie de supuestos que permiten la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir los 70 años, siempre que se justifique debidamente la concurrencia de una serie de requisitos. La edad de 65 años que tradicionalmente se ha tomado como referencia para la jubilación, ha sido reformada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que todas las referencias a la edad de jubilación forzosa deben atenerse a lo previsto en la mencionada Ley.

De este modo, se perfila un modelo general de jubilación del personal sanitario de los Servicios de Salud que deviene automáticamente al cumplir los 65 años y se prevé la excepción de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, siempre que, acumulativamente concurren los siguientes requisitos:

- se solicite voluntariamente.
- se acredite capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades derivadas de su nombramiento.
- Se autorice por el Servicio de Salud correspondiente atendiendo a las necesidades de la organización previstas en el marco de un plan de ordenación de recursos humanos.

2 Art. 26 de la ley 55/2003, de 16 de diciembre: *1. La jubilación puede ser forzosa o voluntaria. 2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años. No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. 3. Procederá la prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado, cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación. Esta prórroga no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma, y su concesión estará supeditada a que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. 4. Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.*

Con estos mimbres, y sin perder de vista el carácter básico de esta normativa³, el **artículo 52⁴ de la**

³ Apartado primero de la Disposición Final Primera de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre: **1.** “Las disposiciones de esta ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución (LA LEY 2500/1978), por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación”.

4 Art. 52 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del personal estatutario del servicio de Salud de Castilla y León, redacción anterior a Decreto-Ley 2/2012. La redacción de este precepto se ha visto modificado en el apartado 5 incorporando la limitación temporal de un año de la autorización, admitiendo la renovación anual hasta cumplir 70 años e incluso la revocación si dejaran de concurrir los requisitos necesarios para la concesión. Por otra parte, también se incluye un párrafo 8 que impone la obligación de resolver la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo en el plazo máximo de 2 meses siendo el silencio administrativo de sentido negativo. **La redacción vigente tras promulgación del Decreto-Ley 2/2012** es la siguiente: *1. La jubilación puede ser forzosa o voluntaria. 2. La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de sesenta y cinco años. El Servicio de Salud de Castilla y León solamente podrá autorizar la prolongación voluntaria en el servicio activo, hasta cumplir los setenta años de edad, cuando los Planes de Ordenación de Recursos Humanos contemplen esta necesidad. 3. En los Planes de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio de Salud de Castilla y León, se podrán establecer los mecanismos para que el personal estatutario, que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social, pueda acogerse a la jubilación voluntaria anticipada, total o parcial, pudiéndose establecer en los mismos medidas para incentivar esta forma de jubilación. 4. El personal estatutario podrá solicitar voluntariamente, antes de la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación forzosa y en los términos que se establezcan en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, la prolongación de su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los setenta años de edad, siempre que quede acreditado, en la forma que se determine en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, que mantiene la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. 5. La prolongación de la permanencia en servicio activo será autorizada por los órganos competentes del Servicio de Salud de Castilla y León, de acuerdo con los criterios y las necesidades que se determinen en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, siempre y cuando se mantenga la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. La prolongación de la permanencia en el servicio activo se concederá por un año, pudiendo renovarse anualmente hasta que se cumpla la edad establecida en el apartado 2 del presente artículo.*

No obstante, la prolongación de la permanencia en el servicio activo ya autorizada, podrá dejarse sin efecto en el caso de que dejen de concurrir las circunstancias que resultaron determinantes para su reconocimiento, de conformidad con lo establecido en el presente artículo, en el artículo 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y de acuerdo con los criterios y las necesidades que resulten de aplicación en el correspondiente Plan de Ordenación de Recursos Humanos. **6.** La prolongación de la permanencia en el servicio activo podrá solicitarse a tiempo parcial, en el supuesto de que el interesado opte por una jubilación parcial, en los términos y según las necesidades que se establezcan en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos, de acuerdo con lo que al respecto establezca la legislación de Seguridad Social. **7.** El personal estatutario podrá solicitar la prórroga en el servicio

Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León (BOCYL 14 de marzo de 2007 y BOE de 3 de abril de 2007) se ocupa de la regulación de la jubilación del personal estatutario, sanitario funcionario y sanitario laboral que desempeña sus funciones en Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León, respecto de éstos dos últimos, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación, siempre que así lo prevean las disposiciones o los convenios colectivos que les son de aplicación, respectivamente. Este precepto ha sido recientemente modificado por **Decreto-Ley 2/2012, de 25 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia sanitaria (BOCYL 30 de octubre de 2012)** con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones que se imponen a la Comunidad de Castilla y León en materia sanitaria en el precitado Plan económico-financiero.

El análisis de la situación actual desde el punto de vista del cambio introducido en el régimen jurídico del instituto de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, pone de manifiesto varias cuestiones, a destacar las siguientes:

1. Avanzada edad de las plantillas que implica una disminución de la disponibilidad de los facultativos para la realización de guardias.
2. Estas exenciones imponen la contratación de facultativos que garanticen la atención continuada, lo que supone un incremento de los gastos y precariedad de su situación laboral que dificulta hallar profesionales dispuestos a ser contratados en estas condiciones.

activo cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le queden seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación. La prórroga en el servicio activo será autorizada por el órgano competente del Servicio de Salud de Castilla y León, y no podrá prolongarse más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar pensión de jubilación, sea cual sea el importe de la misma. Su concesión estará supeditada a que quede acreditado, en la forma que se determine en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, que el interesado mantiene la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. No obstante, la prórroga concedida podrá dejarse sin efecto en el supuesto que quede acreditado que el interesado ha dejado de reunir la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.

8. El plazo para resolver y notificar la autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo será de 2 meses; transcurrido el mismo, sin haberse dictado resolución expresa, el interesado podrá entender desestimada su solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo.

3. Un activo fundamental del Servicio de Salud de Castilla y León es el talento y profesionalidad de los facultativos con un alto nivel de formación y experiencia.

En este sentido parece lógico considerar que una reforma en esta materia conjuga de un lado, la permanencia durante un breve período de tiempo adicional, una vez alcanzada la edad general de jubilación, en el servicio activo de estos profesionales de gran valor para el Servicio Castellano y Leonés de Salud y, de otro, la incorporación al mercado de trabajo de promociones jóvenes altamente cualificadas y que sufren sobremanera los envites de la crisis económica.

Teniendo en consideración todos estos extremos, en Castilla y León tras la promulgación del Decreto-Ley 2/2012, de 25 de octubre, queda definido un régimen jurídico de la prolongación de la permanencia en el servicio activo más pormenorizado. Se toma como punto de partida el principio general acuñado en varias sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero, 9 de marzo y 26 de abril de 2012, en virtud de las cuales la prolongación de la permanencia en el servicio activo constituye un derecho del funcionario que no es absoluto sino condicionado a las necesidades organizativas de la Administración y que han de venir predeterminadas en el correspondiente PORH que habiliten su ejercicio.

De este modo, se contempla el automatismo de la jubilación forzosa prevista con carácter general al cumplir los 65 años y la excepción de la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta, como máximo, cumplir 70 años. La prolongación ha de ser solicitada por el interesado antes de cumplir la edad obligatoria de jubilación, siempre que se prevea esta posibilidad en el PORH, siendo autorizada por el órgano competente del Servicio de Salud de Castilla y León, debiendo quedar acreditado el mantenimiento de “la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento” y de acuerdo con las necesidades que se determinen en el PORH.

La prolongación de la permanencia en el servicio activo será concedida como máximo por un año, sin perjuicio de su renovación anual siempre que se verifique la concurrencia de los requisitos anteriores. De manera que, si se dejasen de cumplir los requisitos expuestos y determinantes para el reconocimiento, puede dejarse sin efecto.

Por último, en el apartado 8 del Art. 52 de la Ley 2/2007, se recoge un plazo máximo de 2 meses para resolver y notificar al interesado la autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, siendo el sentido del silencio administrativo negativo⁵.

Se prevé un régimen transitorio en la Disposición Transitoria Primera que toma como punto de inflexión la aprobación del correspondiente PORH. Así, los profesionales sanitarios, funcionarios y estatutarios, al servicio de los Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León que, a la entrada en vigor del Decreto-Ley 2/2012, tuvieran concedida la prolongación de la permanencia en el servicio activo mantendrán *statu quo* hasta la aprobación del aludido PORH. Una vez aprobado y en vigor, finalizarán las prolongaciones concedidas en un plazo de 3 meses salvo que se autorizara su permanencia.

La regulación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo se completa, como antes se ha puesto de manifiesto, con la promulgación y entrada en vigor de la **Orden SAN 1119/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo (BOCYL 31 de diciembre de 2012)**.

Con objeto de aclarar y unificar la tramitación de las solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo y de prórroga en el servicio activo de acuerdo con el procedimiento previsto en el PORH, el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud ha dictado la Instrucción 1/DGRH, de 2 de enero de 2013.

En su apartado 1, el PORH realiza un análisis de la situación en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga en el servi-

cio activo y sobre el grado de impacto de la edad de jubilación a los 65 años en el Servicio de Salud de Castilla y León.

En lo que respecta al ámbito de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del PORH aprobado por la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre, el presente Plan afecta a todo el personal estatutario que preste sus servicios en Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. En las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda se establece que en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo el PORH es aplicable además al siguiente personal:

- a) El personal sanitario funcionario que preste sus servicios en Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud.
- b) El personal sanitario laboral de las Instituciones Sanitarias de Castilla y León en todo aquello que no se oponga a su normativa específica y si así lo prevé el correspondiente Convenio Colectivo que resulte de aplicación⁶.

La Disposición Transitoria Única somete expresamente a la regulación del presente Plan las solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo que estén en tramitación en el momento de su entrada en vigor.

En materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo el PORH tiene por **objetivo final** la adecuación de los recursos humanos a las necesidades de la actividad de prestación de los servicios sanitarios en orden a una mayor eficacia de aquéllos. El apartado 3 del PORH aprobado por la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre concreta los **objetivos** de las medidas contenidas en el PORH en los siguientes:

- Búsqueda de un equilibrio entre la generación de empleo, la necesaria renovación de las plantillas y la estabilidad del mismo.
- Evitar costes añadidos en el ámbito de la Atención Especializada derivados de la disponibilidad decreciente de la plantilla médica para la realiza-

⁵ De acuerdo con lo dispuesto en la normativa anterior, el sentido del silencio administrativo era positivo: el artículo 3 de la Resolución de 12 de abril de 2004 de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, por la que se dictan normas de procedimiento para la aplicación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo y de la prórroga del servicio activo del personal estatutario al servicio de la misma, el órgano competente dictará resolución sobre la prolongación de la permanencia en el servicio activo dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de entrada en el registro del órgano competente de la solicitud del interesado. Si antes de los quince días previos a la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación forzosa el órgano competente no hubiera dictado dicha resolución, se entenderá estimada la solicitud del interesado.

⁶ Artículo 2.3 de la ley 55/2003, de 16 de diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y artículo 2.3 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León.

ción de guardias –exención de guardias médicas para los mayores de 55 años–, acompañada de las consiguientes solicitudes de actividad sustitutoria.

- Mayor calidad en la prestación del servicio sanitario como consecuencia de una máxima eficiencia en la asignación de los recursos humanos.
- Facilitar el acceso de los profesionales formados por la Gerencia Regional de Salud a sus Centros e Instituciones dependientes.

En cumplimiento de los objetivos fijados por el PORH, como medida específica de ordenación y planificación de recursos humanos, se establece como regla general que la jubilación forzosa se declarará al cumplir el personal afectado los 65 años de edad o, en su caso, la edad de jubilación que corresponda según la normativa vigente.

Sin embargo, con carácter excepcional, el interesado podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad. Dicha solicitud podrá ser autorizada siempre que quede acreditado que el interesado reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento, y concurra alguna de las siguientes circunstancias⁷:

- Carencia de personal sustituto.
- Relevancia de las técnicas sanitarias realizadas o de los proyectos de investigación en fase de desarrollo liderados por el solicitante.

Esta excepción a la regla general no será de aplicación al personal que ocupe puestos de trabajo o plazas declarados a extinguir o amortizar, quienes se jubilarán forzosamente a los 65 años o edad de jubilación que corresponda según la normativa vigente.

En lo que respecta al **procedimiento** para la resolución de la solicitud de prolongación de la permanencia en el servicio activo, se distingue una **fase previa de planificación** que tiene por objeto que la Gerencia Regional de Salud conozca con carácter anual la previsión de solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo que los interesados podrán formular a lo largo del año siguiente. A estos efectos, las respectivas Gerencias (de Atención

Primaria, de Atención Especializada y de Emergencias Sanitarias) se dirigirán al personal que, prestando servicios en las mismas, vaya a cumplir dentro del año siguiente 65 años o la edad de jubilación que corresponda según la normativa vigente, para que, antes del 15 de octubre, comunique su voluntad de prolongar la permanencia en el servicio activo. Esta comunicación, en ningún caso, sustituirá la obligación de presentar la respectiva solicitud que corresponde a los interesados que deseen prolongar su permanencia en el servicio activo. Una vez recabada esta información, y siempre antes del 25 de octubre de cada año, las Gerencias remitirán a la Dirección General de Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud una relación del personal que en el año siguiente cumpla la edad de jubilación forzosa, indicando los que han mostrado su intención de solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo, así como la previsión de su concesión.

La **competencia** para conocer y resolver sobre estas solicitudes de prolongación de la permanencia en el servicio activo corresponde al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, sin perjuicio de la ulterior delegación de atribuciones en otros órganos inferiores.

El **inicio** del procedimiento se realiza a solicitud del interesado dentro de los 20 días naturales previos a los tres meses anteriores a la fecha en que el mismo cumpla 65 años o la edad de jubilación que corresponda según la normativa vigente.

Una vez presentada la solicitud, la Gerencia en la que presta servicios el interesado comprobará los extremos que se formulan en la misma, y solicitará del Servicio de Prevención correspondiente el **Informe sobre la capacidad funcional** del interesado para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Para la elaboración de este informe, que deberá emitirse en un plazo de 10 días desde su solicitud, el Servicio de Prevención tomará en consideración las características del puesto de trabajo, el actual estado de salud del interesado, así como los periodos de permanencia en incapacidad temporal en los dos años anteriores a la solicitud.

Asimismo, la Gerencia en la que preste servicios el interesado emitirá **Informe justificativo**, que deberá emitirse igualmente en el plazo de 10 días desde su solicitud, en el que deberá estar debidamente motivada la concurrencia o, en su caso, la ausencia, de las circunstancias previstas en los puntos a) y b)

⁷ Puntos a) y b) del apartado 4.1 del PORH aprobado por la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre.

del apartado 4.1 del PORH aprobado por la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre.

Una vez emitidos dichos informes, la Gerencia en la que presta servicios el interesado deberá remitir el expediente, a través de la Dirección General de Recursos Humanos, a la Comisión Central⁸, acompañando tanto la solicitud del interesado como los mencionados informes. La remisión del expediente deberá realizarse dentro de los 25 días naturales desde la entrada de la solicitud en el registro de dicha Gerencia. La Comisión Central, visto el expediente remitido, deberá formular, en el plazo de 20 días naturales desde la recepción del expediente, **informe-propuesta** que se enviará a la Dirección General de Recursos Humanos para que formule la correspondiente propuesta de resolución.

El Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, a la vista de la **propuesta de resolución** de la Dirección General de Recursos Humanos, dictará **resolución motivada** sobre la prolongación de la permanencia en el servicio activo. El plazo para resolver y notificar la autorización sobre la prolongación de la permanencia en el servicio activo será de 2 meses a contar desde la fecha de entrada en el registro de la solicitud del interesado. Transcurrido dicho plazo, sin haberse dictado resolución expresa, el interesado podrá entender desestimada su solicitud. La resolución deberá notificarse a la Gerencia donde el interesado presta sus servicios, al interesado y al registro de Personal para su anotación preventiva.

Las autorizaciones de prolongación de la permanencia en el servicio activo se concederán por un periodo inicial de un año, que se podrá renovar a petición del interesado, por periodos anuales, siempre que subsistan las circunstancias que dieron lugar a su concesión y bajo los criterios contenidos en el PORH. Las **prórrogas** sucesivas de prolongación de la permanencia en el servicio activo deberán solicitarse dentro de los 20 días naturales previos a los tres

meses anteriores a la fecha de finalización de la autorización de la prolongación del servicio activo.

La prolongación de la permanencia en el servicio activo **finalizará** por los siguientes motivos:

- En todo caso, al cumplir el interesado 70 años, debiéndose acordar su jubilación por la Gerencia correspondiente.
- En cualquier momento, a petición del interesado, comunicada por escrito y de forma fehaciente al Director Gerente del Centro en el que presta sus servicios. En estos supuestos, la jubilación será acordada por la Gerencia correspondiente, siendo la fecha de jubilación coincidente con la solicitada por el interesado.
- Cuando resulte acreditado que el interesado ha dejado de reunir la capacidad funcional necesaria. La Gerencia correspondiente solicitará informe del Servicio de Prevención y se abrirá un plazo de 10 días para que el interesado presente las alegaciones que considere convenientes. La Dirección General de Recursos Humanos remitirá el expediente, junto con el citado informe del Servicio de Prevención y, en su caso, las alegaciones formuladas por el interesado, a la Comisión Central para que emita un informe-propuesta, que se enviará a la Dirección General de Recursos Humanos, que elaborará la correspondiente propuesta de resolución. A la vista de ésta, el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud dictará resolución motivada por la que acordará la finalización o mantenimiento de la prolongación de la permanencia en el servicio activo.
- Cuando el interesado solicite la renovación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo y se resuelva en sentido negativo o no se dicte la correspondiente resolución en el plazo de 2 meses a contar desde la entrada de la solicitud del interesado en el registro.

⁸ La Comisión Central está compuesta por los siguientes miembros:- El Director General competente en materia de Asistencia Sanitaria o persona en quien delegue, que será su Presidente. - Como Vocales: El Jefe de Servicio competente en materia de Salud Laboral y un Médico de la Inspección Sanitaria, ambos de la Gerencia Regional de Salud, o persona n quien deleguen. - Actuará como Secretario, con voz pero sin voto, un funcionario perteneciente al Grupo A, Subgrupo A1 de la Dirección General Competente en materia de Recursos Humanos.

Le corresponde a la Comisión de Seguimiento la valoración de los informes que le sean remitidos por la Gerencia en la que el interesado presta servicios, así como elevar informe-propuesta a la Dirección General de Recursos Humanos.

Las **prolongaciones** de la permanencia en el servicio activo que estuvieran **autorizadas a la fecha de entrada en vigor del PORH** finalizarán en el plazo de tres meses siguientes, salvo que se dicte resolución expresa motivada – en los 15 días anteriores a la finalización del mencionado plazo de 3 meses- autorizando la prolongación de la permanencia en el servicio activo. A tal efecto, cada Gerencia remitirá, a través de la Dirección General de Recur-

Humanos, a la Comisión Central, dentro de los 15 días siguientes a la publicación del PORH en el BOCYL, una relación del personal que se encuentre en situación de prolongación de la permanencia en el servicio activo, adjuntando, de forma individualizada, informe motivado sobre la concurrencia o no de alguno de los requisitos señalados en los puntos a) y b) del apartado 4.1 del PORH aprobado por la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre. La Comisión Central emitirá informe-propuesta individualizada y debidamente motivada sobre el mantenimiento o no de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, a la vista del cual la Dirección General del Recursos Humanos podrá llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- Elaborar propuesta de mantenimiento de la prolongación de la permanencia en el servicio activo, en los casos en que así proceda.
- Comunicar a la Gerencia respectiva la relación de personal que, por no contar con el informe favorable, no figura en la dicha propuesta de mantenimiento. En este caso, la Gerencia deberá poner en conocimiento del interesado que se procederá a acordar su jubilación forzosa.

A la vista de la propuesta de la Dirección General de Recursos Humanos, el Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud acordará el mantenimiento de la prolongación de la permanencia en el servicio activo en los supuestos en que sea procedente.

El PORH extenderá su **vigencia** desde la fecha de su entrada en vigor (1 de enero de 2013) hasta el 31 de diciembre de 2017. Durante el periodo de vigencia, será susceptible de revisión o modificación para adaptarse a las necesidades del personal, en aras de una mayor adecuación de los recursos humanos a las necesidades objetivas de la prestación sanitaria de calidad. Transcurrido el periodo de vigencia, deberá aprobarse un nuevo PORH que se ajuste a la nueva realidad existente, sin perjuicio de que, en tanto no se apruebe el nuevo Plan, se entenderá prorrogado tácitamente el PORH.

El **Sindicato Médico de Castilla y León –SI-MECAL-** ha interpuesto ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo, de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León Recurso Contencioso-Administrativo para ser seguido por el Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de

julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 114 a 122 bis), contra la *Orden SAN 1119/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo*, por considerar que dicha Orden está vulnerando los derechos fundamentales contenidos en el artículo 23.2 de la Constitución Española (en adelante, CE), puesto en relación con el artículo 103.3 de la CE, así como en el artículo 14 de la CE, puesto en relación con el artículo 35 de la CE, de médicos funcionarios de carrera y médicos estatutarios propietarios de acceder a las funciones públicas que les corresponden y conservar el cargo público que ocupan con la extensión que marca el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. El referido Sindicato entiende que el Plan impugnado, que no ha sido apoyado por ninguna de las seis Centrales Sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Negociación, no cumple los requisitos legales mínimos exigibles y que su aplicación implica la expulsión forzosa del personal afectado del Sistema de Salud y de la Función Pública. Asimismo considera que el punto 7 del PORH, que regula la finalización de las prolongaciones de la permanencia en el servicio activo autorizadas a la fecha de entrada en vigor del citado Plan, supone una auténtica expropiación de derechos adquiridos contraria a lo dispuesto en el artículo 9 de la CE. Hasta la fecha, este litigio está pendiente de resolución por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Por su parte, el **Sindicato CESM Castilla y León –CESMCYL-** ha interpuesto Recurso Contencioso-Administrativo contra la Orden SAN/1119/2012, de 27 de diciembre, solicitando la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de la citada Orden, alegando la vulneración del principio de legalidad- por cuanto una norma de rango inferior está habilitando la finalización de prolongaciones reconocidas con anterioridad a su entrada en vigor-, la falta de motivación y la ausencia de los requisitos legales exigidos por el artículo 13 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y por el artículo 12 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León para ser considerado como un auténtico Plan de Ordenación de Recursos Humanos. Asimismo, el Sindicato esgrime que el PORH supone una vulneración del principio de irretroactividad y del artículo 24 de la CE, causando indefensión susceptible de amparo constitucional,

en la medida que mediante el Plan se pone fin a las prolongaciones de la permanencia en el servicio activo ya autorizadas.

A tal respecto, desde la Administración Sanitaria se argumenta que la Orden que aprueba el Plan impugnado no se extralimita de los márgenes marcados por el Decreto-Ley 2/2012, de 25 de octubre, sino que plasma exactamente lo que se dispone en él⁹.

Por otra parte, tanto el artículo 13 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, como el artículo 12 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, disponen que los PORH especificarán los objetivos a conseguir en materia de personal y los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos, añadiéndose que podrán establecer una serie de medidas específicas sobre determinados aspectos que se enumeran, pero no se impone como obligación la introducción de dicho contenido, sino que el mismo tiene carácter potestativo. El PORH impugnado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 de la Ley 2/2007, determina su ámbito funcional, territorial, temporal de aplicación y, además, recoge las medidas específicas directamente relacionadas con la prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga en el servicio activo.

Frente a alegación del Sindicato relativa a la retroactividad “in peius”, hay que tomar en consideración las recientes Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en relación con el PORH en materia de prolongación de la permanencia en el servicio activo y prórroga del servicio activo del Instituto Catalán de la Salud (Sentencia de 24 de octubre de 2012-recurso de casación nº 4462/2011, Sentencia de 7 de noviembre de 2012- recurso de casación nº 4586/2011, confirmando ambas la validez del plan; y la Sentencia de 8 de enero de 2013-recurso de casación 1307/2012).

En el asunto resuelto por la más reciente de estas Sentencias, el recurrente sostiene que el PORH del Instituto Catalán de la Salud no puede ser aplicado porque estaba disfrutando de una prórroga en el servicio activo que estaba autorizada con anterioridad a

la entrada en vigor del nuevo PORH, resultando su mantenimiento en activo un derecho consolidado que debe ser respetado. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Decimocuarto de la Sentencia de 8 de enero de 2013 dictada en el recurso nº 1307/2012 dispone “...*La respuesta a la cuestión planteada en el actual motivo está íntimamente ligada y condicionada por la interpretación que del citado artículo 26.2 de la Ley 55/2003 hemos hecho en nuestra reciente Sentencia de fecha 8 de enero de 2013, dictada en el Recurso de casación nº 207/2012, seguido entre las mismas partes, de ahí que la remisión a los argumentos de la misma, sin necesidad de reiterarlos aquí sea suficiente para la decisión del presente motivo. En los Fundamentos de Derecho Undécimo y Duodécimo de la citada sentencia se aborda la interpretación del art. 26.2 de la Ley 55/2003 en términos que deben darse aquí por reproducidos, que conducen, en síntesis, a la afirmación de que dicho artículo no establece un derecho incondicionado de prórroga del servicio activo hasta los 70 años; que tampoco establece el que, otorgada la prórroga, ésta debiera alcanzar necesariamente hasta esa edad, ya que la cláusula limitativa de la prolongación en el servicio activo del recurrente en dicha sentencia examinada era conforme a derecho; y que dicha cláusula limitativa no suponía una aplicación retroactiva del PORH al que se refería...*”. En el Fundamento de Derecho Decimoquinto de la mencionada Sentencia, el Tribunal Supremo dispone que “*En cuanto a la alegada aplicación retroactiva del Plan de Ordenación de Recursos Humanos,...* debemos afirmar en primer lugar (reiterando lo ya dicho al respecto en la Sentencia del Recurso de casación 207/2012 antes citada) que **no se aprecia que exista aplicación retroactiva del Plan de Ordenación, pues su aplicación se produce a partir de su entrada en vigor, y en segundo lugar debemos negar que el recurrente según se ha razonado antes tenga un derecho subjetivo a no ser jubilado.**”

En lo que respecta la petición de suspensión de la aplicación de la Orden, cabe señalar, al margen de las recientes Sentencias del Tribunal Supremo, que en ningún caso se produciría un perjuicio de difícil o imposible reparación, ya que en el supuesto de que fuera anulada la orden impugnada, en cualquier caso se pagarían las retribuciones dejadas de percibir a los posibles afectados, así como las correspondientes cotizaciones a la seguridad social, por lo que no se produciría una irreversibilidad de la situación jurídica creada. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 5 de julio de 2010,

⁹ El Decreto-Ley 2/2012 modifica el apartado 5 del artículo 52 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, en cuyo último párrafo se dispone que “*No obstante, la prolongación de la permanencia en el servicio activo ya autorizada, podrá dejarse sin efecto en el caso de que dejen de concurrir las circunstancias que resultaron determinantes para su reconocimiento, de conformidad con lo establecido en el presente artículo, en el artículo 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y de acuerdo con los criterios y las necesidades que resulten de aplicación en el correspondiente Plan de Ordenación de Recursos Humanos*”.

dictada en el recurso de apelación nº 38/2010 interpuesto contra un auto que acordaba la suspensión de la resolución del Servicio Cántabro de Salud por la que se denegaba a un facultativo la prolongación de la permanencia en el servicio activo, señala que la irreversibilidad del perjuicio no es absoluta pues, aun reconociendo el valor moral que su ejercicio comporta para el profesional, su contenido económico puede ser compensado; sin embargo, la pérdida del ejercicio profesional para el particular pugna con el interés general de la asistencia médica global que inicialmente parece exigir una disponibilidad mayor en la realización de guardias de atención continuada de las que están exentos los facultativos mayores de 55 años que realizan una actividad sustitutoria -conocida como módulos de atención continuada- pero que implica un mayor coste económico y organizativo para el Servicio Cántabro de Salud, máxime cuando la regla general es la de la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años aunque haya una posibilidad excepcional de permanencia hasta los setenta años sujeta a valoración y motivación por la propia Administración sanitaria. Por lo expuesto, deniegan la medida cautelar solicitada y concedida por el auto apelado.

Por otro lado, la aplicación del Plan tampoco perjudicaría el sistema público de salud, ya que en él se prevé que a los profesionales que realicen técnicas sanitarias especiales o lideren proyectos de investigación relevantes que estén sin finalizar, se les pueda autorizar la prolongación de la permanencia en el servicio activo. Además, los profesionales que, en su caso, tengan que sustituir a los que se jubilen, estarán perfectamente cualificados para desempeñar su trabajo en iguales condiciones que los anteriores.

A la vista de las alegaciones de las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha dictado el Auto nº 148, de 18 de marzo de 2013, en la Pieza Separada de Medidas Cautelares nº 193/2013, mediante el cual procede a la denegación de la medida cautelar de suspensión del PORH impugnado, al considerar que dicho Plan, “con carácter general, encuentra su cobertura en el Decreto-Ley 2/2012, que aunque solo fuera por aplicación del principio de legalidad nos vincula en este procedimiento incidental...” y que “puede entenderse que no se dan los presupuestos que son requeridos para apreciar una nulidad radical del Plan que pueda justificar la adopción de la medida cautelar suspensiva interesada, desde la óptica del “*fumus boni iuris*”, y teniendo en cuenta lo que posteriormente se expresa sobre la posible resarcibilidad de

los perjuicios derivados de la ejecutividad del Plan de Empleo.

Desde la óptica de los perjuicios ha de decirse que, en la ponderación de intereses inherente a la adopción de esta medida cautelar, no puede entenderse que por el juego de la ejecutividad del Plan se haga perder la finalidad legítima al recurso, y ello porque si sopesamos los perjuicios derivados de dicha ejecutividad o de su suspensión, hemos de inclinarlos por el juego ordinario de dicha ejecutividad –que se ve reforzado al encontrarnos en el ámbito de una disposición de carácter general, que como principio general demanda su vigencia-, teniendo en cuenta que los reiterados perjuicios derivados de la falta de ejercicio de la función pública siempre serán susceptibles de compensación a través de las pertinentes indemnizaciones, dada la solvencia de la Administración. ”

Tampoco faltan los **recursos planteados individualmente** por los facultativos afectados por la finalización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo de forma automática a los 3 meses de la entrada en vigor del PORH. Con carácter general, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las distintas provincias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León están denegando las medidas cautelares –*inaudita parte*- y las medidas cautelares solicitadas consistentes en la suspensión de la ejecución de las Resoluciones¹⁰ del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud por la que se declara a los recurrentes en situación de jubilación forzosa. Así, por ejemplo, citamos el Auto de 2 de mayo de 2013, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos, en la Pieza de Medidas Cautelares nº 70/2013, que deniega la medida cautelar solicitada por no concurrir las circunstancias legal y jurisprudencialmente exigidas para la misma, al disponer que “*La parte demandada alega, en relación con el periculum in mora que sin la suspensión el recurrente será jubilado el día 1 de abril de 2013 y que, por lo tanto, la sentencia siempre será dictada con posterioridad a dicha fecha, por lo cual se habrá frustrado su legítimo derecho a continuar ejerciendo sus funciones sin que el mismo se vea satisfecho por el cobro de la retribución correspondiente porque se le habrá impedido seguir ejerciendo el derecho a su*

10 En realidad, no se trata de Resoluciones dictadas por el Director Gerente, sino de comunicaciones acerca de la finalización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo que se producen automáticamente en virtud de lo dispuesto en el apartado 7 del PORH, por el transcurso del plazo de 3 meses desde su entrada en vigor, cuando no se ha autorizado la prolongación mediante resolución expresa.

profesión que ha sido consustancial a su vida durante decenas de años. A la hora de resolver, tal y como se señaló en la resolución a anterior, debe decirse que el perjuicio que la actora pone de manifiesto ya se ha producido o debió haberse producido y, no obstante, el mismo no es irreparable sino que los daños son fácilmente resarcibles económicamente y desde luego, el perjuicio que pueda causarse a una persona que lleva décadas ejerciendo una profesión por el hecho de que se le suspenda en el ejercicio de su vocación, incluso durante un año o un año y medio es, insuficiente como para superar la ponderación del mismo en relación con el interés público protegido y en todo caso igualmente resarcible por vía de una indemnización. Respecto del hecho alegado de que no hay sustituto para su puesto, lo cual puede causar un perjuicio para el servicio, decir que dicha alegación de que la jubilación del recurrente puede causar un perjuicio para los pacientes no pasa de ser una mera alegación sin prueba alguna del perjuicio.... Habida cuenta de la falta de periculum in mora bastante, el fumus boni iuris no puede entrar a ser valorado y la medida cautelas desestimada.”

De forma excepcional, y estando pendiente de resolución respecto de la medida cautelar una vez oída a la Administración demandada, el Auto dictado el 2 de abril de 2013, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Burgos, en el Procedimiento Abreviado, pieza cautelarísima nº 60/2013, ha acordado la adopción de la medida cautelar urgente solicitada por el recurrente consistente en la suspensión de la ejecutividad de las Resoluciones¹¹ del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud recurridas, por las que se acuerda denegar la prolongación de la permanencia en el servicio activo del recurrente, causando baja por jubilación. Según el Fundamento de Derecho Quinto de la mencionada resolución judicial, “... Hay que tener en cuenta que de acuerdo con el informe emitido el día 10 de enero de 2013 por el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología del Complejo Asistencial Universitario de Burgos, donde el recurrente es Jefe de Sección de Otorrinolaringología, se constata la carencia de personal sustitutivo, dado que en dicho servicio se encuentra “como único especialista en oncología de cabeza y cuello y por ende con capacitación para hacerse cargo, no solamente de la realización de las diferentes intervenciones quirúrgicas de dichas patologías (oncológicas) sino lo que nos parece más importante y complejo, el diagnóstico y protocolización de las diferentes opciones médico-quirúrgicas que acompañan a las

mismas,...”. Conforme al Jefe de Servicio de Otorrinolaringología, la jubilación del recurrente le colocaría “en la situación de tener que trasladar a los pacientes oncológicos a otros centros”, lo que, unido al resto de los motivos señalados en el informe transcrito, nos lleva a estimar adecuada la adopción de la medida cautelar urgente solicitada por entender que la efectividad de las resoluciones recurridas pueden causar un perjuicio importante a los intereses generales, materializados éstos en el buen y efectivo funcionamiento del servicio de otorrinolaringología del Hospital Universitario de Burgos en relación con las patologías de oncología de cabeza y cuello.”.

Tras este breve repaso jurídico de la figura de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal sanitario al servicio de Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León, como se ha puesto de manifiesto, aún quedan cuestiones pendientes de resolver relativas a su legalidad, siendo los Tribunales de Justicia los que se pronunciarán a este respecto. No obstante, el devenir de los tiempos demostrará si la calidad asistencial ha quedado o no mermada y si, en su caso, se han alcanzado los tan ansiados objetivos de ahorro económico, eficiencia y eficacia.

11 Ver nota al pie número 10.

NORMAS DE PUBLICACIÓN ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
 2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
 3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 20 páginas.
 4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a la redacción de la revista (ds@ajs.es), indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
 5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
 6. La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Índice o sumario
 - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - g. Fecha de finalización del trabajo
 7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttex&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
 8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.
- Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre/Razón Social: _____
Departamento/Servicio: _____
Número de ejemplares: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s: _____
Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia ☐ A la cuenta 0182-6022-31-0201538629

Domiciliación Bancaria ☐

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad: (4 dígitos)
Código Sucursal: (4 dígitos)
Dígitos de Control: (2 dígitos)
Cuenta: (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: info@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s: _____
Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad: (4 dígitos)
Código Sucursal: (4 dígitos)
Dígitos de Control: (2 dígitos)
Cuenta: (10 dígitos)

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: info@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".