

# JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

*Doctor en Derecho*

*Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas*

*Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

## **PRESTACIONES SANITARIAS**

### **1. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 31 DE JULIO DE 2012, Nº 916/2012, REC. 754/2012. PRESTACIONES SANITARIAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.**

La paciente sufre tresparesia originada por parálisis cerebral, estando obligada a desplazarse en silla de ruedas desde el año 2001. En el año 2008 solicitó el reintegro de gastos por la adquisición de una silla de ruedas eléctrica, reintegro que le fue concedido previo requerimiento realizado a la interesada para que subsanara la omisión del informe adicional exigido por la Orden de la Consejería de Sanidad. En el año 2009 y 2010 solicitó el reembolso de los gastos por la renovación de la batería eléctrica, lo que le fue igualmente concedido.

En el año 2011 solicita el reintegro de gastos por la adquisición de una nueva silla eléctrica por un importe que asciende a 3.665 euros. En este nuevo expediente administrativo no se aportó por la interesada los requisitos formales exigidos por la Orden de 5 de diciembre de 2007 de la Consejería y por el RD 1030/2006, consistentes en un informe clínico completo justificativo de la prescripción, y el visado de la inspección sanitaria.

La Sala comparte los argumentos empleados por el juzgador de instancia, y desestima el recurso interpuesto por el Sescam ya que:

a) Se debería haber concedido un plazo de 10 días para la subsanación conforme a lo previsto en el artículo 76.2 de la Ley 30/1992.

b) Añadir que la Administración ya tenía, aunque en otro expediente distinto, elementos de juicio suficientes respecto al trámite formal omitido.

En palabras del Tribunal “*Quiero ello decir que, estando efectivamente la Administración sometida al principio de legalidad, no puede derivar de ahí una interpretación puramente formalista y rigurosa, enervante del derecho del ciudadano, y contraria a lo ya antes decidido por la misma*”.

### **2. STSJ C-LM DE 21 DE DICIEMBRE DE 2011, Nº 1431/2011, REC. 1284/2011. TRATAMIENTOS ESTÉTICOS.**

Paciente afectada de hirsutismo que solicita de la sanidad pública autorización del tratamiento consistente en depilación láser. Conforme a lo previsto en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, quedan excluidos los tratamientos estéticos que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, y en este caso, no concurre ninguna de las tres condiciones esenciales.

Por lo que se refiere a la posible afectación psicológica, y también sobre la base de lo que prevé el citado reglamento, no cabe autorizar dicho tratamiento estético, que por otra parte no figura en la cartera de servicios sanitarios en relación a las enfermedades mentales.

En definitiva, no se cubren las intervenciones orientadas a adecuar la apariencia física del paciente con aquélla que considere más adecuada a ciertos patrones estéticos.

### **3. AUTO DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE GIJÓN, DE 4 DE MAYO DE 2012. APLICACIÓN DE TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO.**

Interesante Sentencia que analiza la viabilidad jurídica de la figura conocida como “*Tratamiento Ambu-*

*latorio Involuntario*” (en adelante TAI) a enfermos mentales. Se trata de una polémica medida que en su momento se quiso incluir en el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria y que, finalmente no prosperó, lo que, al menos según el parecer del juez titular del juzgado nº 8 de primera de instancia de Gijón, no constituye obstáculo alguno para su aplicación práctica y sin que para ello resulte preciso instar modificación legislativa alguna. En efecto, el juez admite que no existe hoy día una regulación específica de una medida como ésta, pero a continuación relativiza la importancia de esta afirmación ya que el Ordenamiento admite otras medidas más gravosas para los derechos del enfermo, como es el internamiento involuntario, pues *“no es menos respetuoso con la libertad, la voluntad y la dignidad de la persona el proceso del TAI, que privar totalmente a una persona de su capacidad o someterla en contra de su voluntad a un internamiento forzoso”*.

Para fundamentar esta afirmación el juez enumera un amplio elenco de disposiciones normativas, tanto de ámbito nacional como internacional, algunas de ellas sin valor normativo, como es el caso de la Declaración de Madrid aprobada por la Asociación Mundial de Psiquiatría.

Entre las disposiciones citadas cabría destacar, entre otras:

- 1.- Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, cuyo artículo 7 establece expresamente que la persona que sufra un trastorno mental podrá ser sometida a tratamiento de dicho trastorno sin su consentimiento
- 2.- El Libro Verde sobre Salud Mental, que establece que *“el internamiento forzoso en una institución psiquiátrica y el tratamiento no voluntario, atentan gravemente contra los derechos de los pacientes y solo deberán aplicarse como último recurso cuando hayan fallado alternativas menos restrictivas.”*

El juzgador considera que esta medida restrictiva de derechos es más beneficiosa para el paciente que el internamiento involuntario previsto en el artículo 763 de la LEC, y ello por las siguientes razones:

- a) Facilita la adherencia al tratamiento en pacientes con trastorno mental grave o severo susceptibles de la misma según la legislación vigente.
- b) Mejora las condiciones de vida del paciente.

c) Limita al mínimo la libertad y el derecho de decisión del paciente.

d) Mejora las condiciones de vida y seguridad del entorno familiar y de terceras personas.

#### **Requisitos:**

1. Trastorno mental severo y capacidad limitada para entender la información.
2. Efectividad documentada del plan terapéutico
3. Negativa del paciente a seguir el tratamiento
4. Ausencia de criterios de urgencia
5. Riesgo de suicidio/autoagresividad/heteroagresividad documentada y reingresos en unidades de hospitalización psiquiátrica.

#### **Trámites:**

1. Información por el médico al paciente/familia de la propuesta de TAI.
2. El informe, que debe recoger entre otros aspectos la justificación razonada de las condiciones que sustentan la propuesta, debe estar avalado por una Comisión colegiada de profesionales expertos en la materia.
3. El juez oír al paciente, al Ministerio Fiscal, a los familiares, al psiquiatra responsable del tratamiento, y al médico forense.
4. Acordada judicialmente la medida, si el paciente se niega al tratamiento, se le citará hasta en dos ocasiones para que acuda a la consulta, y el clínico, si lo considerase preciso, podría recabar incluso el auxilio de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

#### **Finalización:**

La medida finalizará con el cumplimiento de los objetivos, con el consentimiento del paciente a la adhesión al plan terapéutico, por cambios en las circunstancias sanitarias, o bien por tratarse de una medida no efectiva.

En el caso de autos, se trata de un joven que padece esquizofrenia paranoide, consumidor habitual de cannabis y benzodiacepinas, con un largo historial de ingresos en centros psiquiátricos y frecuentes des-

compensaciones debidas a un irregular seguimiento del tratamiento, y que provocan un alto riesgo de heteroagresividad.

La propuesta de TAI viene suscrita por varios psiquiatras, y el paciente ha mostrado su conformidad a que se le aplique esta modalidad de tratamiento, de modo que éste solo se dará de forma involuntaria cuando no sea posible obtener su consentimiento por parte del personal clínico y usando todos los medios a su alcance.

Asimismo el juez aclara que esta autorización no solo lo es para el tratamiento farmacológico, sino también para que se le haga un programa integral y completo que mejore su conciencia de enfermedad.

Por último el Auto señala que tanto el cese del tratamiento, como el quebrantamiento del mismo, se comunicarán al juzgado, sin perjuicio de que el propio centro sanitario adopte las medidas precisas para que se pueda seguir realizando ese tratamiento ambulatorio, incluso requiriendo el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado (que será excepcional y justificado por los responsables médicos).

#### **4. SENTENCIA DEL TS DE 28 DE MARZO DE 2012, REC. 2362/2011. PRUEBAS DE CRIBADO Y ACTUACIÓN DEL PACIENTE.**

Mujer embarazada con edad gestacional de 13 semanas acude a consulta ginecológica por seguimiento del embarazo. Se la vuelve a citar para nueva consulta la semana siguiente para la realización de las pruebas del cribado combinado del primer trimestre. Dicha cita se demoró por causas ajenas a la paciente. Se facilita una nueva cita un mes más tarde, y en la consulta no consta que se le hiciera el cribado. La no realización del cribado antes de la semana 22 de gestación, dio lugar a que no se hubiera detectado la anomalía cromosómica origen de la demanda judicial.

La Sentencia recurrida en casación minora el importe de la indemnización por la falta de interés mostrada por la paciente en la realización de la prueba diagnóstica – la Sentencia refiere que no consta que la paciente se haya interesado por dichas pruebas- y, en segundo lugar, en que no consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable.

Por el contrario, el TS considera que el planteamiento anterior no es correcto ya que lo relevante no es

que la paciente se interese por unas pruebas, sino que la Administración sanitaria las ofrezca en los tiempos y condiciones adecuados. Como señala nuestro alto tribunal *“es la Administración quién debe acreditar que se intentó prestar el servicio y no el paciente quien debe probar su interés en unas pruebas que ni siquiera tiene porqué conocer de su existencia ni de su momento de realización”*.

Sobre el segundo motivo, la Sentencia señala que *“si a la paciente no se le realizan las pruebas del cribado y no se le informa de las malformaciones de su hija, es difícil pensar que pueda manifestar su voluntad interruptiva para el supuesto de que unas pruebas no realizadas, den un resultado negativo”*.

### **CONTRATACIÓN PÚBLICA**

#### **1. RESOLUCIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA 28/2012 DE 20 DE MARZO DE 2012. EXCLUSIÓN DEL LICITADOR POR INCLUIR ASPECTOS DE SU PROPOSICIÓN TÉCNICA EN EL SOBRE DE DOCUMENTACIÓN GENERAL ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS. VULNERACIÓN DEL SECRETO DE LA OFERTA.**

La mesa de contratación acordó la exclusión de una empresa en el procedimiento de adjudicación del contrato, por haber presentado en el sobre número uno (documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos) documentación exigida en el sobre número dos (proposición técnica), en concreto, datos referidos a la propuesta de funcionamiento y coordinación.

Según la Mesa *“la información aportada en los documentos permitía extraer conclusiones en cuanto a disponibilidad, equipos y recursos, plan de trabajo en las distintas fases del desarrollo de la campaña, compromisos a asumir en su ejecución, actuaciones para llevar a cabo con eficacia los servicios, capacidad de respuesta..., extremos todos ellos que forman parte del conjunto de criterios de adjudicación del contrato.”*

El artículo 145.2 del TRLCSP (anteriormente, artículo 129.2 de la Ley de contratos del Sector Público) establece que *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter”*.

*hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.*

Asimismo, el artículo 160.1 del TRLCSP (anteriormente, artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público) establece para el procedimiento abierto que *“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, - documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos -, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones (...)”.*

Finalmente, el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al establecer las funciones de la mesa de contratación en el procedimiento abierto, prevé la calificación de la documentación general acreditativa de la capacidad y solvencia como actuación previa a la apertura de las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público.

Si se admitiera en la licitación a aquellas empresas que incumplen la obligación legal de presentar la documentación general del artículo 146 y la proposición en sobres separados, aparte de vulnerarse el principio de secreto de la oferta, se permitiría anticipar el conocimiento de aspectos de la proposición de unos licitadores que no es posible conocer respecto del resto y potencialmente podría beneficiarse al licitador que incumple la norma frente al que acata la misma presentando correctamente en sobres separados la documentación general y la relativa a su oferta, con todo lo que ello supone de infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el artículo 1 del TRLCSP.

Y es que, aún cuando se pudiera argüir que aquel conocimiento anticipado no coloca en posición de ventaja al licitador incumplidor frente al resto al no influir en la valoración de las ofertas, lo cierto e incontestable es que revela datos de la proposición en un momento procedimental en que la oferta debe ser aún secreta para todos y por tanto, también para la mesa de contratación que, además, es el órgano competente para su valoración conforme al artículo 160.1 del TRLCSP.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –informes 43/02 y 20/07- y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – resoluciones nº 146 y 147, ambas de 2011-. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, con referencia al anterior marco legislativo contractual, señala que *“Ciertamente la norma legal aquí aplicable, art. 79.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducida en los artículos 79.1 y 80.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, impone el carácter secreto de las proposiciones. Se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable (...)”.*

## **2. RESOLUCIÓN 23/2012 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. LA ACEPTACIÓN DE UNA PROPOSICIÓN NO PREJUZGA LA ADJUDICACIÓN.**

Se interpone recurso especial contra el acuerdo de admisión de la entidad PRÓTESIS HOSPITALARIAS, S.A en el lote 20, correspondientes ambos al contrato de suministro de material específico de oftalmología (Expte. PAAM 11/2011 de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Virgen del Rocío en Sevilla), entre otras cuestiones.

La aceptación de una proposición no decide, directa ni indirectamente, la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, porque el recurrente puede, en todo caso, recurrir la adjudicación. Es decir, la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación y además, en caso de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión.

### 3. SENTENCIA DEL TJUE DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2012. N° C-182/2011, N° C-183/2011. DOCTRINA IN HOUSE.

La cuestión a dilucidar es si cabe invocar la doctrina “*in house*” por parte de dos ayuntamientos que tenían la condición de socios minoritarios en una sociedad creada por otro Ayuntamiento, que era quién tenía en casi su totalidad la participación sobre aquélla.

Para que resulte aplicable dicha doctrina, en el caso en que haya varias administraciones públicas que tengan la condición de socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público, y quedar dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos *“han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, lo que se considerará cumplido solo si cada una de las administraciones intervinientes participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión”*.

Así pues, el control que se ejerce sobre la sociedad no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad.

## **PROFESIONES SANITARIAS**

### 1. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE ENERO DE 2012, REC. 327/2010. COMPETENCIAS MÉDICOS Y ENFERMERÍA.

La pugna profesional entre médicos y enfermeros/as vuelve nuevamente a plantearse con ocasión de la aprobación de la Orden de 17 de junio de 2010 por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria.

A juicio del Colegio Oficial de Médicos se incurre en desviación de poder ya que, bajo el subterfugio de la regulación de la formación especializada, se han introducido competencias que no son propias de los diplomados en enfermería.

En cambio el TS no aprecia vulneración alguna de las previsiones de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, pues como ya sucediera en casos similares- impugnaciones de la Orden por la que se aprueba el programa formativo de la especialidad de enfermería del trabajo o la Orden por la que se aprueba el programa formativo de la especialidad de

Enfermería Geriátrica,- lo que se prevé es que pase a formar parte del contenido formativo de cada especialidad enfermera, la competencia para realizar técnicas diagnósticas y terapéuticas, o usar e indicar el uso de fármacos. Tal competencia no equivale a atribución profesional sino a conocimientos que, así hay que entenderlo, se actuarán en el ámbito de las atribuciones profesionales”.

No obstante la Audiencia Nacional reconoce que pueden haber riesgos de solapamientos entre ambas profesiones a tenor de lo previsto en los artículos 7.2.a) (enfermeros) y 6.2.a) (médicos), pero esa es otra cuestión ajena por completo al objeto de la Orden impugnada, que recordemos, no delimita ámbitos competenciales.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta precisamente las competencias que, por Ley –art. 7.2.a) de la LOPS-tienen reconocidas la enfermería, a saber, dirigir y evaluar cuidados de enfermería, *“no es extravagante respecto de tal cometido que tengan una formación que les permita la dirección y evaluación dentro de lo que son cuidados de enfermería”*.

### 2. STS DE 29 DE OCTUBRE DE 2012. N° DE REC. 1540/2010. MIR Y PSIQUIATRÍA.

Paciente con graves trastornos psíquicos (trastorno bipolar) y con antecedentes de autolisis acude por derivación del centro de salud mental al servicio de urgencias del Hospital Universitario de La Princesa, donde es atendido por un MIR de psiquiatría de 4º año.

El psiquiatra, tras entrevistarse con la paciente y la familia, decide esperar a la semana siguiente para acordar el internamiento de la enferma ya que habría camas libres en la unidad de hospitalización, y había considerado que se trataba de un ingreso preferente pero no urgente.

Seis horas después de ser dada de alta en el citado Servicio de Urgencias, la paciente se precipitó desde su domicilio, situado en una tercera planta, al patio de su casa con el resultado de múltiples lesiones que le han provocado una gran invalidez.

La parte recurrente fundamenta su pretensión anulatoria, entre otros argumentos, en la falta de supervisión directa de la actuación del MIR de guardia por parte de la Unidad de Hospitalización del Hospital.

El TS considera desestima el motivo ya que no hay duda alguna a tenor de los informes aportados que el médico adjunto o que la Unidad de Hospitalización no hubieran adoptado una decisión distinta, a lo que añade que *“el residente debe conocer sus limitaciones y el progreso de su formación y, actuar de acuerdo con las funciones que tiene encomendadas bajo la supervisión de su tutor; sin que tener que llegar por ello a medidas de prevención defensivas no justificadas ante los indicios que se presentan”*.

### 3. STC 3/2013. COLEGIACIÓN DE PROFESIONALES SANITARIOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

La reciente **STC de 17 de Enero de 2013** reviste una gran trascendencia a estos efectos. El inciso de la Ley andaluza de colegios profesionales objeto de impugnación **exime de la colegiación forzosa a los empleados públicos que realizan actividades propias de una profesión colegiada por cuenta de las Administraciones públicas andaluzas, cuando sus destinatarios son ciudadanos o terceros**. Así pues el TC se pronuncia sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para eximir de la colegiación a los funcionarios, personal estatutario y laboral que realiza su actividad profesional al servicio exclusivo de la Administración y siempre que dicha actividad vaya destinada a terceros, usuarios del servicio público.

De acuerdo con el texto de la Sentencia, el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de Colegios Profesionales.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha adoptado a este respecto una postura intermedia, tal y como se infiere de la redacción del art. 8 de la **Ley 10/1999, de 26 de mayo**, de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha, que establece que *“Los profesionales titulados vinculados con las Administraciones Públicas en Castilla-La Mancha mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral, no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas, ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquellas, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea exclusivamente la Administración. Sí será obligatoria, en consecuencia, la colegiación cuando los destina-*

*rios inmediatos del acto profesional sean los ciudadanos o el personal al servicio de la Administración.*

Dicho precepto legal podría verse afectado a la luz de la reciente STC pues como recoge la citada resolución judicial ***“al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de Colegios Profesionales, tal y como se razonó en el FJ 6 de esta resolución. Siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados, motivo por el cual debemos declarar que el inciso impugnado ha vulnerado las competencias estatales, y por tanto, su inconstitucionalidad.***

El propio Tribunal Constitucional había confirmado la legalidad de la excepción a la colegiación obligatoria de los funcionarios poniendo el acento en el dato de que sea la Administración la destinataria inmediata de sus servicios. Siendo así, *“la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de estos funcionarios para garantizar su correcto funcionamiento y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por ellos”* (STC 6/2005, de 17 de enero), doctrina de la que se han hecho eco a su vez los Tribunales ordinarios de Justicia, como ha sido el caso del **TSJ de la CAM que en Sentencia de 27 de enero de 2000** establece que el contenido del artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales permite entender que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia, de forma que *la colegiación obligatoria cobra sentido cuando se ejerzan las profesiones en régimen de libre competencia, lo que no sucede cuando se desarrolla la actividad de forma exclusiva por cuenta de la Administración*. En tal caso –interpreta el Tribunal– la actividad a desarrollar no se encuentra dentro de lo previsto en el artículo 36 de la Constitución, sino en el artículo 103 de nuestra Carta Magna.

Las consecuencias de esta Sentencia ya se están haciendo notar. Recientemente el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 7 de Sevilla, ha dictado Sentencia nº 55/2013, de 31 de enero de 2013, en la que se enjuiciaba la pretensión de la recurrente, enfermera empleada pública, que solicitaba formalmente la baja en su colegio profesional por no ser un requisito esencial para el desempeño de sus funcio-

nes estar colegiada, todo ello conforme a lo previsto en la Ley de Colegios Profesionales de Andalucía. Sin embargo el juez desestima el recurso a la vista de la reciente STC de 17 de enero de 2013 que ha declarado inconstitucional las excepciones al requisito de la colegiación obligatoria de los empleados públicos prevista en la legislación autonómica por tratarse de una competencia estatal.

## **RESPONSABILIDAD SANITARIA**

### **1. SENTENCIA DEL TS DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2012, REC. 1467/2011. RESPONSABILIDAD SANITARIA Y VACUNACIÓN.**

No queda acreditada la relación de causalidad entre la aplicación de una vacuna de cuatro años de edad de la vacuna contra la varicela (Varilix) y la cerebelitis que posteriormente desarrolló el menor, sin que se pueda considerar que la actuación del médico resulte contraria a la *lex artis* por el hecho de que la propia vacuna advierta que no debe suministrarse de forma rutinaria a menores de trece años, ya que también es verdad que las indicaciones que acompañan a la vacuna señala que ésta pueda administrarse a niños con edades comprendidas entre 1 y 12 años si tienen riesgo de sufrir complicaciones severas en caso de sufrir la enfermedad. En este caso en concreto, el niño tenía antecedentes de “*dermatitis atópica*”, y por tanto la actuación del médico ha de considerarse ajustada a la *lex artis*.

Sobre el consentimiento informado, el Supremo rescata la distinción entre medicina satisfactiva y medicina curativa, para, a continuación, suavizar en este caso el alcance del consentimiento informado por entender que la administración de la vacuna contra la varicela es un acto de medicina curativa- no satisfactiva- y por tanto el consentimiento no tiene que alcanzar a riesgos no típicos- tanto por su frecuencia como por el hecho de no ser específicos del tratamiento aplicado-, como es el caso de la cerebelitis postvacunal.

### **2. SENTENCIA DEL TS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2012, REC. 6693/2010. DAÑO IMPREVISIBLE**

Parto vaginal en el que se hace preciso el uso del fórceps. El bebé se le diagnostica infarto cerebral, sin que se pueda apreciar la existencia de nexo causal

entre el uso de este instrumento médico y la lesión neurológica del bebé a la luz de los numerosos informes periciales, y sin que tampoco queda estimar la pretensión de la familia por la vía de la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, ya que el mismo entra dentro de una esfera posible que se ha de evitar (en relación con el sufrimiento fetal) pero que no es posible en todos los casos. En palabras del TS “*la ciencia médica no tiene respuestas, aún, para todas las patologías, porque ocurren y cuál es su causa*”.

### **3. STS DE 2 DE OCTUBRE DE 2012, REC 3925/2011. RESPONSABILIDAD Y FALTA DE INFORMACIÓN.**

Paciente con cifosis congénita que se somete a intervención quirúrgica para su corrección. La intervención se desarrolla conforme a la *lex artis* si bien el enfermo quedó parapárético. No consta en la historia clínica el documento del consentimiento informado firmado por el paciente.

Este es el motivo por el que se acuerda el derecho al percibo de indemnización, el daño moral por la falta de información ya que “la información ofrecida al paciente no está documentada, por lo que debemos considerar que la información, de forma entendible y concreta respecto de las específicas secuelas que podría acarrear la operación, no se constata que se halla ofrecido”.

La indemnización queda cuantificada en 300.000 euros, teniendo en cuenta la entidad del daño y la edad del paciente (19 años).

### **4. SENTENCIA DEL TSJ DE MURCIA DE 2 DE MARZO DE 2012, N° 156/2012, REC. 208/2008. LA FIRMA DEL DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO NO IMPLICA QUE DEBA REALIZARLE LA INTERVENCIÓN SOLICITADA NI QUE SE DEBA PRESUMIR SIN MÁS POR EL PACIENTE SU REALIZACIÓN.**

La actora ingresa en el Hospital, embarazada de gemelos, para dar a luz. Se le informa que hay que practicar una cesárea de urgencia para garantizar el bienestar fetal de uno de ellos, y en ese momento se le informa también de la posibilidad de practicarle una ligadura de trompas firmando el correspondiente documento de consentimiento informado.

Una vez en planta, oye como los facultativos se dirigen a sus familiares a los que comunican la realización de las dos intervenciones, la cesárea y la ligadura de trompas. A los 6 meses acude a una revisión ginecológica y le confirman que se encuentra embarazada de nuevo y que se tendrá que volver a someter a una cesárea electiva ya que aún no han transcurrido los dos años desde la cesárea anterior. Respecto de este segundo embarazo no deseado opta por la IVE.

Solicita copia de su historia clínica y comprueba que no se llegó a realizar la intervención de ligadura de trompas.

Se plantean dos cuestiones:

- a) La falta de respecto a la decisión de la mujer de que se lleve a efecto la ligadura de trompas.
- b) La omisión del deber de informarle de que se había pospuesto la intervención en cuestión.

Respecto de la posible conculcación de la capacidad de decisión de la mujer, la Sala considera que nada de esto se ha producido, ya que el consentimiento informado no tiene más valor que el de remover los obstáculos para que se pueda realizar válidamente las actuaciones sanitarias de que se trate, pero teniendo presente que no se trata de una orden impartida por el paciente al médico, sino que éste puede apreciar todas las circunstancias que justifiquen finalmente la no realización de la intervención. O lo que es lo mismo, *“la prestación del consentimiento no impide la posibilidad de una decisión fundada de los médicos de no realizar la intervención en cuestión”*.

Sobre el segundo asunto, la Sala prosigue con este mismo argumento y considera que el solo hecho de haber prestado el consentimiento y no haber sido revocado por la paciente no significa que la intervención haya de realizarse en todo caso, sino que ha de entenderse como *“una petición de asistencia sanitaria cuya realización está sujeta a las eventualidades que posteriormente puedan aparecer”*.

Según consta en la HC, los facultativos la informaron verbalmente de este hecho, lo que niega la actora. En todo caso al finalizar su estancia en el hospital se le hizo entrega del informe de alta en el que tan solo constaba la intervención de la cesárea, pero no la realización de la ligadura de trompas, de modo que si llegó a creer que se trataba de un error debería haberse dirigido a la persona competente para pedir explicaciones al respecto.

## **FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS**

### **1. STJUE DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2012. MEDICAMENTO Y PRODUCTO SANITARIO.**

Dos empresas compiten en el mercado alemán por la comercialización de colutorios bucales. Uno de los competidores alega que la otra empresa lo que realmente comercializa es un medicamento ya que ejerce acción farmacológica, y por ende, debiera tener la correspondiente autorización administrativa.

La batalla se plantea sobre qué significado cabe atribuir a la expresión *“acción farmacológica”* prevista en la Directiva 2004/27, y que es esencial para la calificación de una sustancia como medicamento en lugar de cosmético.

Para el TJUE, para considerar que una sustancia ejerce una acción farmacológica en el sentido de la Directiva 2004/27, no es necesario que se produzca una interacción entre las moléculas que la componen y un componente celular del cuerpo del usuario, ya que es suficiente una interacción entre dicha sustancia y un componente celular cualquiera presente en el cuerpo humano.

### **2. STS DE 4 DE DICIEMBRE DE 2012, Nº REC 5733/2011. MEDICAMENTOS DE USO HOSPITALARIO**

El Director de Farmacia del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco aprueba una Resolución por la que autoriza la adquisición directa de medicamentos de uso hospitalario a centros sanitarios no hospitalarios que carecen de servicios farmacéuticos, y que sin embargo tienen la necesidad de utilizar medicamentos de dispensación bajo prescripción médica restringida.

La Administración vasca considera que el artículo 2.5 de la LGURM presta cobertura para que se pueda efectuar dicha autorización. Por el contrario, el TSJ del País Vasco subraya que la aplicación del mencionado precepto legal está supeditada a que se dicte el correspondiente desarrollo reglamentario, sin que se pueda considerar como tal las previsiones recogidas en el art. 24 del RD 1345/2007.

Este mismo criterio es compartido por el TS al afirmar que el citado precepto legal, sin ese complemento reglamentario, no puede ser por sí sola la norma jurídica que habilite para el ejercicio de una serie de

competencias que, por otra parte, exceden del marco competencial del País Vasco, cuyas competencias son de “ejecución” de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.

### **3. STJUE DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012. N° C-219/2011. MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS.**

La controversia suscitada gira sobre el alcance de la expresión “*producto sanitario*” a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Alemania, en el marco de un litigio entre las empresas Brain Products y BioSemi. En concreto se discute si la comercialización por BioSemi de un sistema denominado “ActiveTwo” que permite registrar la actividad cerebral humana, merece o no la calificación de producto sanitario. Esta empresa considera que su producto no está destinado a una finalidad médica, y que por ello no puede ser calificado como producto sanitario.

La Directiva 93/42/CEE, considera “*productos sanitarios*” aquellos productos destinados por el fabricante a ser utilizados en seres humanos con ciertos fines. Entre estos se encuentran el diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; así como los fines de investigación.

En cuanto a los programas informáticos, la Directiva 2007/47/CE los incluyó en la definición de productos sanitarios siempre que se destinen a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia. A juicio del TJUE, los programas informáticos sólo deben considerarse productos sanitarios si su finalidad, definida por su fabricante, es específicamente médica.

## **INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES**

### **1. TSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2012. N° Rec 123/11. LA JUNTA DE PERSONAL NO TIENE DERECHO A CONOCER EL LISTADO DE PROFESIONALES CON PEONADAS.**

Se interpone recurso de apelación contra la Sentencia de instancia que reconoce el derecho de la Junta de Personal del Área de Salud de Cuenca, como órgano de representación a recibir el listado nominal y mensual de los profesionales que participan en el citado hospital en programas de auto-concertación.

La Sentencia advierte que a diferencia de la previsión contenida en el artículo 9 de la Ley 9/1987, donde se concretaba la previsión del artículo 23 de la Ley 30/1984, el artículo 40 del EBEP no contempla la facultad anteriormente reconocida a las Juntas de Personal de tener conocimiento y ser oídos sobre las cantidades que percibe cada funcionario en concepto de complemento de productividad, sin que quepa argüir la vigencia provisional del citado artículo 23 por oponerse al artículo 40 del EBEP.

Desde el punto de vista de la legislación de protección de datos personales no cabe aceptar la cesión solicitada pues:

a) No existe base legal que ampare la cesión de este tipo de datos individualizados relativos a las retribuciones percibidas por los profesionales que intervienen en este tipo de programas.

b) La pretensión de obtener el listado nominal y mensual de los profesionales que participan en la autoconcertación incumple lo previsto en el citado artículo 4 de la LOPD por no respetar el principio de proporcionalidad al tratarse de una cesión excesiva para los fines pretendidos por la Junta de Personal.

### **2. STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC. 1796/2010. DATOS SANITARIOS EN TABLÓN DE ANUNCIOS CENTRO DE SALUD.**

En el centro de salud de Santoña se acuerda colocar en un panel informativo público de dicho centro sanitario un documento sobre dispensación de metadona en el que se contiene las modificaciones en las pautas de tratamiento de cinco pacientes, indicando como identificación de cada paciente el nombre y primer apellido, así como el primer apellido del doctor al que se encuentra asignado, y sin conste el consentimiento de los interesados.

El documento estuvo expuesto durante una semana en una zona por dónde solo transitan trabajadores del centro y en ningún caso pacientes. Este hecho unido a que la finalidad de dicha exposición fue exclusivamente terapéutica, sirven de argumento a la defensa de la Administración para justificar semejante proceder. En efecto, parece que la finalidad que justificó que se diera a conocer esta lista de pacientes en el tablón de anuncios del centro de salud fue vencer la renuencia de ciertos facultativos a suministrar metadona.

Sin embargo la Sala no considera de aplicación la previsión del art. 7.6 de la LOPD que excepciona del requisito del consentimiento el tratamiento de datos de salud siempre que sea necesario para la prestación de atención sanitaria, porque *“es evidente que la dirección del centro disponía de medios menos intrusivos en la intimidad de los pacientes para obligar a los facultativos renuentes a cumplir con las instrucciones emitidas sobre el suministro de metadona. Tal habría sido, sin duda, una llamada al orden a cada uno de esos facultativos, o llegado el caso, la adopción de medidas disciplinarias”*.

Por lo que respecta al hecho de que este listado tan solo estuviese expuesto en una zona del centro por donde solo transitan los trabajadores, la Sala no comparte el argumento de la Administración de considerar que no ha existido divulgación alguna de información ya que el personal del centro, que está sujeto al deber de secreto, no merece la consideración a estos efectos de “tercero”.

Esta razonamiento es calificado por el TSJ pues el conocimiento de información que por su naturaleza es reservada debe quedar limitado a aquellas personas que dentro de la organización la necesitan para el correcto desarrollo de su misión.- Sostener otra cosa llevaría a defraudar el sentido de la norma, ya que dar por bueno el conocimiento de datos especialmente protegidos por parte de todas las personas al servicio de una organización equivale a renunciar al secreto”.

### **3. RESOLUCIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. RESOLUCIÓN 03100/2012. HISTORIAS CLÍNICAS ABANDONADAS EN LA PLAYA.**

En septiembre de 2011 aparecen abandonados en la playa de Navia documentos con datos de pacientes hospitalizados en el Hospital de Jarrio. El alcalde de Navia informó al Director Médico del hospital del hallazgo y algún medio de comunicación se puso en contacto con ellos para preguntar por los hechos.

El equipo directivo presentó una denuncia en la Guardia Civil. Tras una serie de gestiones, una auxiliar de enfermería asume que ha sido ella quién ha extraído los documentos del Servicio de Farmacia, los ha sacado del hospital y se los ha llevado tanto a su domicilio como a la playa.

Los hechos declarados probados son constitutivos de dos infracciones: artículos 9 y 10 de la LOPD.

1. Infracción del art. 9 de la LOPD, por cuanto se deduce que el Servicio de Salud en su calidad de responsable del tratamiento de los datos de salud contenidos en las historias clínicas de sus pacientes, debió adoptar las medidas necesarias para impedir cualquier acceso a la información de carácter personal que contenía dicha documentación.

La AEPD no toma en consideración la alegación realizada por la Administración de que no puede ser responsable administrativo de los actos ilegales que cometen sus trabajadores, ya que la LOPD es muy clara a este respecto al atribuir la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros.

2. Por lo que respecta la vulneración del art. 10 de la LOPD, ese deber de secreto comporta que el Servicio de Salud del Principado de Asturias, Hospital de Jarrio, es responsable de las historias clínicas de los pacientes tratados en él, y no puede revelar ni dar a conocer su contenido a terceros salvo con consentimiento expreso de los afectados.

## **RECURSOS HUMANOS**

### **1. SENTENCIA DEL TS DE 9 DE JULIO DE 2012. SERVICIOS MÍNIMOS Y SEGUIMIENTO DE LA HUELGA.**

La Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana, acordó los servicios mínimos que debían prestar los distintos organismos de la AGE en la Comunidad Valenciana, incluyendo entre tales servicios, el relativo al seguimiento de la huelga, pese a que dicha actividad no figura incluida en el listado contemplado en el artículo 4 del Real Decreto 1479/88, de 9 de diciembre, sobre mantenimiento de servicios esenciales en situaciones de huelga en la Administración del Estado.

Llegados a este punto hay que destacar la trascendental importancia que reviste la expresión “servicio esencial”, noción que como ha señalado el TC en reiteradas ocasiones, se conecta con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes.

En este sentido lo que resulta preciso es determinar si el seguimiento de la huelga resulta o no incardinable en el concepto de “servicio esencial”, y la respuesta

debe ser negativa, ya que se trata de una actividad tendente única y exclusivamente a constatar el grado de incidencia de la huelga en cuestión, pero que no guarda relación directa con los servicios públicos de interés general para la comunidad.

El TS en otra Sentencia de esta misma fecha, ha recordado en orden a la calificación como servicio esencial de un servicio complementario que se presta en el centro de trabajo afectado por la huelga, que si el centro en cuestión no presta servicio esencial alguno, difícilmente puede calificarse de esencial un servicio complementario.

En este caso se trataba de un centro de natación, y el servicio complementario que se quería incluir como esencial y de asistencia sanitaria era el servicio de socorristas.

**2. STS DE 3 DE ABRIL DE 2013, REC 1954/2012. SSTSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 2 DE ABRIL DE 2012, y 13 DE MARZO DE 2012. PARTICIPACIÓN DE PERSONAL ESTATUTARIO FIJO DE OTRA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN PROCESO SELECTIVO.**

¿Es posible que excluir de un proceso selectivo para una determinada categoría y especialidad a quién ya tiene la condición de personal estatutario fijo en esa misma categoría y especialidad pero en otro Servicio de Salud?

A juicio de la Sala, la exclusión tan solo sería factible si concurre una perfecta identidad entre la condición que ostenta el aspirante excluido y el Cuerpo, Escala, Categoría profesional o especialidad a la que se refiere la convocatoria, así como del concreto Servicio de Salud. A sensu contrario, no podrá excluirse a quién tenga la condición de estatutario fijo pero en especialidad distinta de la contemplada en la convocatoria, como tampoco a quién siendo estatutario fijo y ostentando incluso la misma especialidad lo sea de otro servicio autonómico de salud.

El Supremo ha estimado conforme a Derecho la resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Gerencia Regional de Salud castellano-leonesa que excluyó de una convocatoria para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de matronas a aquellos litigantes que ya ostentaran dicha condición y prestaran servicio en otras CC.AA, según informó el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León.

En su fallo, la Sección Séptima de la Sala Tercera del Alto Tribunal da la razón así a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que recurrió la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Valladolid, que en 2012 atendió el recurso a Susana Arranz Pérez contra la resolución por la que fue excluida en el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de matronas, según convocatoria realizada por Orden SAN 947/2008.

Aunque el TJSCyL anuló dicha orden por ser disconforme con el ordenamiento jurídico y reconocía el derecho de la litigante a participar en el concurso, aun cuando ésta contara con la condición de personal fijo estatutario en el servicio de otra comunidad autónoma, el Supremo avala ahora la legalidad de la decisión de la Junta de Castilla y León.

En su fundamentación, el Alto Tribunal advierte de que “en buena lógica jurídica, no parece que deba permitirse presentar al proceso selectivo a quien ya ostenta esa condición por haber accedido a la misma con anterioridad, pues parece claro que quien ya pertenece a un determinado cuerpo, escala, categoría profesional o especialidad de un determinado servicio autonómico de Salud, ningún interés podrá tener ya en acceder a una condición que ya ostenta; esto es, la simple participación, e incluso superación, de un determinado proceso selectivo ninguna utilidad relevante desde el punto de vista jurídico le va a reportar al aspirante”.

**El Acuerdo Sindicatos-Insalud de 18 de octubre de 2000** (que se ha aplicado por los Tribunales a cualquier proceso selectivo, tanto fijo como de temporales) ya establecía en la Norma General 3 del Anexo 1 que “*no podrá participar en la bolsa de trabajo quién ostente plaza en propiedad en activo o en excedencia en la misma categoría en el Insalud o en los Servicios de Salud del SNS*”.

En similares términos se ha pronunciado el TSJ de Madrid en Sentencia de 20 de marzo de 2013, nº 398/2013, si bien en este caso con apoyo de la STC de 27/10/2008 en la que se declaró la constitucionalidad de las bases de la convocatoria para el acceso a plazas de FEA del Insalud, y en las que se recogía que los aspirantes no pueden ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del SNS.

### 3. SENTENCIA DEL JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE OVIEDO, DE 11 DE JULIO DE 2012.

La Gerencia del SESPAS decide mediante una Resolución regular de forma provisional el procedimiento para la provisión de puestos de jefaturas asistenciales, decantándose abiertamente por el procedimiento de libre designación.

El sindicato demandante cuestiona tanto la forma como el fondo de la mencionada Resolución, criterio que es compartido por el juzgador para quién la Resolución es contraria a Derecho por entrar a regular cuestiones propias de una disposición administrativa de carácter general, y además, en cuanto al fondo, por separarse del criterio recogido en el RD-Ley 1/99, de modo que no se puede admitir que estemos ante una mera instrucción o circular que se haya limitado a efectuar una mera adaptación de dicha norma para los órganos inferiores.

Sobre esta cuestión, téngase en cuenta la **STS DE 21 DE MAYO DE 2012**. El TS vuelve a recordar la necesidad de que exista una motivación específica, una justificación concreta de las razones por las que, a partir de los cometidos propios del puesto de trabajo, se dan los requisitos legalmente establecidos para su provisión por el sistema de libre designación.

En esta misma línea se pronuncia meses más tarde el TSJ de Asturias en Sentencia de 24 de julio del mismo año al señalar en relación con el empleo por la Administración de este sistema de provisión que no es suficiente que en la memoria o informe de justificación se exprese que el puesto de trabajo es de confianza o de especial dificultad, sino que es preciso que se exprese que las concretas funciones que se realizan impliquen estas características, y en segundo lugar, que no es suficiente una justificación genérica, sino específica de cada puesto de trabajo.

## DOCUMENTOS DE INTERÉS

### 1. CONTRATACIÓN PÚBLICA.

**A) INSTRUCCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 SOBRE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA GESTIÓN DE LAS CONTRATACIONES DE SERVICIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN A FIN DE EVITAR INCURRIR EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.**

La DA Primera del RD-Ley 20/2012 establece que:

*“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre EDL 2011/252769, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral”.*

En cumplimiento de esta previsión y para el ámbito del sector público estatal, el TC ha aprobado estas Instrucciones que deben integrarse en el sistema general de gestión de cada Administración Pública del referido sector público y en relación con los contratos de servicios y encomiendas de gestión.

Como principios de actuación cabe destacar:

a) No contratar servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal relacionadas con el ejercicio de competencias que tengan atribuidas la entidad u órgano de que se trate.

b) Los responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa deberán respetar el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas

c) Los pliegos determinarán con precisión las prestaciones a realizar que deberán estar perfectamente deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal.

En concreto, el T. De Cuentas señala que en la redacción de los Pliegos han de tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

1.- No pueden ser objeto de este tipo de contratos la realización de funciones o servicios que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las funciones públicas.

2.- Consignar en los Pliegos la obligación de la empresa adjudicataria de designar un coordinador técnico o responsable, perteneciente a la plantilla del contratista, que será el interlocutor con el que se relacionará únicamente la entidad contratante, y que será el único que podrá impartir órdenes e instrucciones al resto de los trabajadores.

3.- En los pliegos se debe garantizar que la empresa adjudicataria dispone de una organización propia y estable.

4.- Dejar constancia del compromiso de la empresa contratista de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección inherente a todo empresario.

5.- No se admitirán en los pliegos cláusulas de subrogación empresarial en las que se asuman compromisos sobre los empleados del adjudicatario, ni aquéllas en virtud de las cuales el órgano de contratación tenga algún tipo de intervención en la selección del personal que la empresa contratista vaya a asignar a la ejecución de los servicios.

6.- No se identificará en el contrato el nombre de los trabajadores que la empresa utilizará para cumplir el contrato.

7.- En el caso en que se ceda equipamiento o material por razón de una mayor eficacia se hará constar esta circunstancia tanto en el pliego como en el contrato.

Otras Recomendaciones de interés:

a) Para la determinación del presupuesto del contrato se evitará siempre que sea posible la utilización del criterio unidades de tiempo, como pueda ser el nº de horas o jornadas de trabajo por cada categoría profesional.

b) La prestación de servicios tendrá lugar en dependencias o instalaciones propias del empresario contratista, y sólo con carácter excepcional

en los centros dependientes del órgano de contratación, en cuyo caso habrá que obtener la previa autorización, dejar constancia de las razones que lo justifican y recomendar que en tal caso, el personal de la empresa utilice distintivos que lo identifiquen.

c) En el caso de prestación de servicios continuada en los centros de trabajo del órgano de contratación, el responsable de la Administración, con carácter previo al inicio de la prestación, deberá comprobar la afiliación y alta en la S.S. de los trabajadores, así como dotarles de espacios de trabajo diferenciados.

d) En relación con la fase de ejecución, el T. de Cuentas enumera una relación de servicios a los que no podrá tener acceso el personal de la empresa contratista (cursos de formación, reconocimientos médicos periódicos, acceso al correo electrónico corporativo...)

e) La exigencia de responsabilidad disciplinaria al personal al servicio de la Administración que con su actuación haya causado perjuicio grave a la Administración.

## **B) RECOMENDACIÓN DE 1 DE MARZO DE 2012 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. BOE DE 10 DE ABRIL DE 2012.**

La interposición del recurso especial comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea éste el acto recurrido.

En el caso de Comunidades Autónomas que no disponen de un órgano independiente, o no hayan suscrito convenio con el TACRC, si los particulares interponen el recurso ante el órgano de contratación, su interposición comporta la suspensión de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien en el caso de interposición, hasta que el órgano decida sobre la suspensión solicitada.

Suspendida la eficacia y hasta que no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación.

**C) INFORME 6/2012, DE 7 DE MARZO, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE ARAGÓN.**

El Acuerdo Marco sobre servicio de limpieza en los centros de la Administración Pública de la Comunidad de Aragón, establece que en el caso en que no se reciban ofertas de las empresas por no estar éstas interesadas en su prestación, la Administración podrá concertar el servicio de forma obligatoria con las empresas a los precios unitarios máximos, y se establecerá un turno de oficio por lote entre las empresas homologadas para cubrir dichos servicios.

En dicha Comunidad, el Gobierno ha reducido hasta en un 75% las horas de limpieza diarias, lo que ha provocado que las empresas homologadas no presenten ofertas al tener que subrogarse como empleadoras de los trabajadores adscritos al servicio de limpieza.

Las cuestiones suscitadas son dos:

- a) Si en un nuevo contrato derivado del Acuerdo Marco y con menos horas de limpieza resulta de aplicación la mencionada cláusula de subrogación de personal recogida en el Acuerdo marco.
- b) Si las empresas invitadas a la licitación- todas las del Acuerdo marco- quedan vinculadas en ausencia de ofertas, a la aplicación de la cláusula que prevé un turno rotatorio para el caso en que de desierto un contrato derivado.

Respecto a la primera cuestión, la Junta Consultiva considera, sobre la base de la STJUE de 2011, Asunto C-463/09 ya comentada en ocasiones anteriores y publicada en el boletín de derecho sanitario y bioética- viene a decir que para que opere la subrogación de personal es preciso que la entidad económica en cuestión mantenga su identidad tras el cambio de titular-, que no se puede entender que se haya mantenido la identidad ya que se ha producido una importante reducción del objeto de la prestación, y por tanto, no resultaría exigible la obligación de subrogación aún cuando sí esté prevista en el Convenio Colectivo.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones suscitadas, la Junta entiende que la obligación que asumieron las empresas licitadoras en el Acuerdo Marco lo fue en el contexto propio de licitación de dicho Acuerdo, pero no en el contexto actual marcado por una alteración de las circunstancias de dicho Acuerdo que suponen una notable reducción del objeto.

**D) INFORME 15/2012, DE 19 DE SEPTIEMBRE DE LA JCCA DE ARAGÓN. CONFIDENCIALIDAD Y TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Las tensiones entre el carácter confidencial de la información aportada por los licitadores y, por otra parte, el derecho de acceso de los interesados a los documentos incorporados al expediente, se ponen de manifiesto en el presente informe.

La Junta considera que en estos conflictos hay que realizar una ponderación, la confidencialidad no puede abarcar la totalidad de la información aportada por el licitador, ni la transparencia suponer el reconocimiento de un derecho de acceso ilimitado a los documentos incorporados al expediente.

En primer término, la Junta considera que el carácter secreto de las proposiciones se desvanece tras el momento de la licitación pública, pero:

- a) ¿En qué momento se va a poder ejercer el derecho de acceso?
- b) ¿Por parte de quién?
- c) ¿Qué extensión tendrá ese derecho de acceso?
- d) ¿Cómo se articula el procedimiento para facilitar el acceso?

Respecto a la primera interrogante, la respuesta sería a partir del momento en que se tenga por finalizado el procedimiento -aplicación supletoria de la Ley 30/1992 y art. 37 del mencionado texto legal-, lo que se produce cuando se notifica la adjudicación, sin perjuicio de que para otros participantes pueda anticiparse ese momento, como sucedería en el caso de licitadores respecto de actos de trámite cualificados que les impidan continuar en el procedimiento.

En cuanto a quién, pues no solo a los que hayan participado en la licitación, sino a todas las personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos, pudiendo acceder no solo a la documentación aportada por el adjudicatario, sino también a la aportada por el resto de los licitadores.

Los interesados que lo deseen deberán solicitar el acceso anticipadamente y concretar los documentos que desean consultar. Se podrán tomar notas pero no se entregará copia de lo presentado, y en todo caso, la Administración debe separar toda aquella información que fuese confidencial. Pero, ¿quién determina qué información de la oferta es o no confidencial?

Los pliegos y por supuesto, también el licitador aunque éste no podrá considerar como tal todos los documentos que haya aportado ya que de lo contrario se impediría a los licitadores ejercer su legítimo derecho de acceso.

## **2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.**

### **A) INFORME JURÍDICO DE LA AEPD 0256/2012. EL COPAGO TRAS LA REFORMA SANITARIA Y LA LOPD.**

La Agencia se pronuncia sobre las consultas planteadas en relación a:

1.- La posibilidad de que, por parte de la Administración tributaria, se facilite a la Administración Sanitaria información referente al nivel de rentas de los pacientes, por cuanto dicho nivel determina el porcentaje de contribución de cada uno de ellos al gasto farmacéutico.

2.- La repercusión que pueda tener desde el punto de vista de la LOPD el hecho de que el código referente al nivel de contribución de cada asegurado sea conocido por distintas personas intervinientes en el proceso asistencial.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, estamos ante un supuesto de cesión de datos amparada por el RD-Ley 16/2012, que modifica entre otras la vigente LGURM, y en concreto en los artículos 94 bis y 94 ter de la citada disposición legal.

Este último prevé un doble flujo de información, de modo que sería el propio INSS/ISM quién recibiría la información necesaria para la determinación del nivel de aportación exigible a cada interesado y, posteriormente, pondría en conocimiento de la Administración Sanitaria competente, a través del Ministerio, cuál ha de ser ese efectivo nivel de aportación.

En la posterior cesión de datos a las Administraciones Sanitarias no se podrá incluir el dato relativo a la cuantía de las rentas del usuario, de modo que no se pueda conocer el lugar en el que se encuentra el interesado dentro de la escala correspondiente (menos de 18.000 euros, entre 18.000 y 100.000 euros o más de 100.000 euros).

De este modo si lo único relevante para la Administración sanitaria es conocer en cuál de los tres niveles ha de integrarse el usuario, la cesión amparada por la Ley quedará limitada al conocimiento del mencionado nivel de renta.

Sobre la segunda de las cuestiones planteadas, el hecho de que la información sea accesible por quienes intervengan en el proceso asistencial y en la prestación farmacéutica, la Agencia señala que el RD 1718/2010, no prevé la inclusión de este tipo de datos en las recetas, sino que se limita a incluir hasta siete códigos dependiendo del nivel de renta. En todo caso la Agencia nos recuerda la importancia que tiene el principio de finalidad (art. 4.2) y el deber de secreto que asumen conforme al art. 10 quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos de carácter personal”.

### **B) INFORME JURÍDICO DE LA AEPD 084069/2012, DE 24 DE ABRIL DE 2012. ACCESO SINDICAL A DATOS PERSONALES DE LA BOLSA DE TRABAJO TEMPORAL DEL SESCAM**

Informe emitido por la AEPD a raíz de la consulta formulada por la Directora General de RRHH del Sescam sobre la procedencia de hacer entrega a los representantes sindicales presentes en la Comisión Regional de Contratación, de los datos de carácter personal de las personas incluidas en la base de datos informática “bolsas sanitarias”.

La fundamentación de la respuesta afirmativa de la AEPD a la consulta realizada descansa en el propio Pacto de selección de personal temporal de Instituciones Sanitarias del Sescam, al establecer que para la aprobación definitiva de los méritos los representantes sindicales presentes en dicha comisión podrán acceder a todos aquéllos datos de carácter personal de los trabajadores estatutarios temporales que resulten necesarios para determinar si la autobaremación efectuada por los aspirantes es o no correcta.

No obstante advierte que el acceso a la información disponible en la base de datos de la bolsa de trabajo se debe llevar a cabo mediante la asignación de claves de acceso teniendo en cuenta la medida de seguridad recogida en el artículo 93 del Reglamento de la LOPD.

### 3. SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

#### A) POSICIONAMIENTO DE LA AJS ANTE EL REAL DECRETO LEY 16/2012.

La Asociación de Juristas de la Salud a través de su Presidenta, Josefa Cantero, analiza algunos de los aspectos más controvertidos de la reforma sanitaria llevada a cabo en mayo de este año.

Así, por lo que respecta a la idoneidad del instrumento normativo elegido para llevar a cabo dicha reforma, y a la luz de la doctrina del TC sobre los requisitos que justifican su aprobación por el Gobierno conforma e lo previsto en el art. 86 de la CE, existen dudas razonables sobre lo acertado de abordar esta reforma vía RD-ley. En este sentido, por ejemplo, se advierte la escasa o nula conexión entre la situación definida por la norma como presupuesto habilitante para su aprobación y las medidas adoptadas, como sucede con la exclusión del colectivo de los inmigrantes irregulares, la regulación de las áreas de capacitación específica o la creación de los registros de personal estatutario, así como la falta del requisito de imprevisibilidad para justificar la aprobación de un RD-Ley, cuando el mismo confiesa que pretende dar respuesta a problemas y situaciones estructurales y no coyunturales.

Por lo que respecta a las medidas adoptadas en orden a acotar el ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud, cabría plantearse cuáles son los límites del legislador ordinario en la configuración del contenido de este derecho, sobre todo si tenemos presente que España es uno de los Estados firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 12 consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y a su vez, la Observación general nº 14 respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su párrafo 48 prohíbe la adopción de cualesquiera medidas regresivas respecto de la salud.

Desde el punto de vista competencial, son también muchas las interrogantes que levanta la reforma sanitaria pues la STC 98/2004 ya dejó claro que esta es una materia que forma parte del título competencial relativo a la sanidad y no a la Seguridad Social.

#### B) DICTAMEN 623/2012 DEL CONSEJO DE ESTADO DE 21 DE JUNIO DE 2012 EN RELACIÓN CON LA LEY 5/2012, DE 20 DE MARZO, DE MEDIDAS FISCALES, FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS, Y DE CREACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS ESTANCIAS EN ESTABLECIMIENTOS TURÍSTICOS.

Los artículos de la citada ley que se consideran inconstitucionales son el artículo 16, el 41 y el 94.1. El artículo 41 es el que establece la tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios.

El Consejo de Estado, a partir de la doctrina fijada por el TC en su sentencia 98/2004, concluye que las Comunidades Autónomas no pueden incidir, ni directa ni indirectamente, en la fijación de los precios de los medicamentos que son objeto de financiación pública, por ser ésta una cuestión que forma parte de la competencia exclusiva estatal consagrada en el artículo 149.1.16 de la CE. Por este motivo las CCAA no pueden establecer gravámenes cuya exacción comporte un incremento del coste que los ciudadanos han de abonar para obtener un determinado medicamento.

Precisamente el hecho de que esta tasa puede comportar que ciudadanos a los que se les prescriba un medicamento en dicho ámbito territorial se vean obligados a pagar por receta un euro más que los restantes usuarios del SNS, supone también una invasión de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.1 de la CE, que es precisamente uno de los títulos competenciales en que se funda la ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS.

En efecto, la desigualdad vendría provocada por la exigencia de una tasa al obligar a los ciudadanos que adquieran medicamentos en Cataluña a realizar un desembolso mayor del que deben afrontar en otras partes del territorio nacional, lo que incrementa el coste final que para tales ciudadanos supone la dispensación de medicamentos y productos sanitarios.

#### C) AUTO DEL TC DE 13 DE DICIEMBRE DE 2012. LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL DECRETO VASCO.

El Tc se pronuncia sobre si procede o no levantar la suspensión de la vigencia de determinados preceptos

del Decreto vasco 114/2012 por vulnerar el marco legislativo estatal, y en concreto por:

- a) Modificar la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, ya que se amplía el ámbito subjetivo del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita.
- b) Modificar el régimen de copago farmacéutico al repercutir directamente la financiación de la prestación farmacéutica ambulatoria del SNS en la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- c) Facultar al titular de la Consejería de Sanidad para modificar libremente el modelo de receta médica y órdenes de enfermería.

La Abogacía del Estado se escuda en dos argumentos para justificar el mantenimiento de la suspensión:

- a) El desplazamiento de la legislación básica estatal en la Comunidad Autónoma Vasca.

El TC desestima el argumento empleado por el Abogado del Estado de considerar que el levantamiento de la suspensión provocaría un bloqueo de la competencia estatal que se vería desplazada ya que la normativa autonómica se limita a ampliar las previsiones básicas estatales, y además este argumento afecta directamente al fondo del asunto sobre el que deberá pronunciarse la Sentencia que se dicte.

- b) El argumento de la falta de seguridad jurídica.

El TC no considera que se pueda producir situaciones de inseguridad jurídica, ya que el mantenimiento de la suspensión implicará la aplicación directa de la legislación básica estatal, y a la inversa, en el caso de levantamiento de la suspensión, éste supondrá la aplicación automática de la legislación autonómica.

Por lo que refiere al mantenimiento o levantamiento de la suspensión respecto de cada uno de los tres grandes bloques materiales que se ven afectados, cabe señalar:

- 1.- Respecto del acceso a las prestaciones sanitarias por parte de personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria, el Gobierno vasco apela a los perjuicios que puede suponer para la salud de la población, tanto en su dimensión individual como colectiva, el man-

tenimiento de la suspensión. Por el contrario el Abogado del Estado alude a los perjuicios económicos que se derivan del levantamiento de esta medida cautelar.

La pugna entre los intereses económicos invocados por el Estado – y no cuantificados- y el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de los ciudadanos se resuelve a favor de éstos derechos que, como señala el TC *“poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”*.

## 2.- Régimen del copago farmacéutico.

El Gobierno vasco entiende que el mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados afectaría negativamente a la adherencia al tratamiento, y tendría un impacto económico negativo sobre los pensionistas.

En cambio, el Estado considera que se pueden ver afectados los esfuerzos realizados para la contención del gasto farmacéutico, y por ende, el objetivo del control del déficit.

El carácter hipotético, eventual y no concretado de los perjuicios a los que se refiere la Comunidad Autónoma vasca resultan determinantes para que el TC decida mantener la suspensión del artículo 8 que prevé cuáles son las condiciones económicas a las que se ha de ajustar la aportación de las personas usuarias en relación con la prestación farmacéutica.

El resto de los preceptos reglamentarios que entran a regular a nivel autonómico el copago farmacéutico no se ven afectados, y en concreto el artículo 7 que extiende el acceso a la prestación farmacéutica a favor de aquéllos colectivos a los que el decreto vasco amplía la prestación sanitaria gratuita, que también podrán reclamar en el País Vasco el reembolso por los medicamentos adquiridos fuera de la Comunidad Autónoma vasca y en las mismas condiciones que lo pueden hacer los asegurados/beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, las condiciones económicas de acceso por parte de estos colectivos a la prestación farmacéutica ambulatoria tendrá que acomodarse a las previsiones contenidas a la legislación básica estatal mientras se mantenga la suspensión del artículo 8 del Decreto impugnado.

#### 4. MEDICAMENTOS.

##### **A) DECLARACIÓN CGCOM SOBRE PRESCRIPCIÓN BASADA EN EQUIVALENTES TERAPÉUTICOS.**

El Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España se posiciona en relación con la proliferación de diversas medidas dirigidas a la contención del gasto farmacéutico y que tienen una incidencia muy directa sobre la libertad de prescripción médica.

De una parte, la OMC destaca el importante papel de los protocolos como herramientas destinadas a facilitar la prescripción facultativa y favorecer un uso racional de los medicamentos. Sin embargo la OMC se muestra más crítica con la utilización por parte de los Servicios de Salud de determinados medicamentos clasificados en un mismo grupo terapéutico o que comparten una misma indicación terapéutica, como alternativas terapéuticas equivalentes sin que para ello se haya contado con la participación de la Agencia Española del Medicamento –AEMP–, y sin que en algunos casos existan ensayos clínicos que avalen, desde el punto de vista técnico, la adopción de semejantes decisiones.

##### **B) AUTO DEL TC DE 12 DE DICIEMBRE DE 2012 N° DE REGISTRO DE 4539-2012.**

El TC se pronuncia sobre la procedencia de levantar o no la suspensión de la vigencia del Decreto andaluz 3/2011, que introduce un sistema de convocatorias públicas en las que podrán participar todos los laboratorios farmacéuticos interesados para seleccionar, de entre los medicamentos comercializados que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente establecido en el SNS, aquél que deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento se identifique exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos.

Los argumentos empleados por el Abogado del Estado giran en torno a las ventajas que represente desde el punto de vista del ahorro la implantación en el todo el territorio nacional del modelo estatal, muy superior al andaluz, que a su vez, distorsiona el funcionamiento del SNS pues el sistema estatal se basa en el aprovechamiento de las economías de escala de un mercado como es el estatal.

Asimismo destaca que el modelo andaluz tan solo tiene como beneficiario de las medidas cuestionadas a la Administración Sanitaria, no al ciudadano, que se verá seriamente perjudicado ya que no podrá disponer de todos los medicamentos financiados por el SNS, y además, se dificultará gravemente el tránsito de pacientes entre los diversos sistemas autonómicos de salud.

Desde el punto de vista de la industria farmacéutica, el Abogado del Estado considera que la aplicación del decreto andaluz incide gravemente en el mercado farmacéutico ya que fomenta la creación de monopolios de oferta regionales.

Ninguno de los alegatos realizados por el Abogado del Estado prospera, en unos casos porque el TC considera que algunos de los argumentos anteriores – el mayor ahorro que supone el modelo estatal y la distorsión que comporta la aplicación del decreto andaluz– se apoyan en un documento del que no existe constancia de su carácter oficial, así como la fecha ni la firma. En el resto de los casos, el TC señala que el hecho de que esta medida tenga como destinatario a la Administración resulta totalmente congruente con el objetivo perseguido, a saber que los intereses particulares de los laboratorios no pueden prevalecer en modo alguno sobre los generales de reducción del gasto farmacéutico, y desde el punto de vista de los ciudadanos recuerda que el modelo estatal con su preferencia por la prescripción por principio activo y la introducción del precio como criterio en la dispensación y sustitución de medicamentos, tampoco garantiza el derecho a la dispensación de una determinada presentación comercial.

#### 5. BIOÉTICA.

##### **A) CIRCULAR 1/2012, DE 3 DE OCTUBRE DE 2012, DE LA FISCALÍA GENERAL DE ESTADO SOBRE EL “TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD EN CASO DE RIESGO GRAVE”.**

Documento esencial para cualquier profesional sanitario, y en particular para aquéllos que de forma habitual desempeñan sus funciones en los servicios de urgencias.

La circular establece que los miembros de la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová no podrán oponerse a que sus hijos menores de edad reciban transfusiones de sangre en situaciones de urgencia en las que peligre su vida, ya que en estos casos el médico podrá aplicar directamente el tratamiento sin necesidad de acudir ante el juez, ya que debe prevalecer el interés superior del menor frente a otras consideraciones.

Los menores de 16 años que, a juicio del facultativo, no estén en condiciones de comprender el alcance de la intervención, carecerán de capacidad para prestar el consentimiento informado. Además, y como regla general, por debajo de 12 años, se entenderá que el menor carece de la madurez mínima exigible.

Por lo que se refiere a la figura del menor maduro, los supuestos enumerados en la circular son:

1. El “menor maduro” se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables. En ese caso, el Médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al Juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al Juez de guardia, directamente o a través del Fiscal.
2. El “menor maduro” rechaza la transfusión y sus representantes legales también. En este caso, el Médico debe plantar el conflicto ante el Juez de Guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.
3. El “menor maduro” presta su consentimiento y sus representantes se oponen. El Médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro.
4. Los representantes del “menor no maduro” no consienten la intervención, generando grave riesgo para su vida o salud. El Médico debe plantear el conflicto ante el Juez de guardia, directamente o a través del Fiscal, pero en situaciones urgentes, el Médico puede directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación.

## **B) ANÁLISIS ÉTICO ANTE LA RETIRADA DE ASISTENCIA SANITARIA A INMIGRANTES SIN PERMISO DE RESIDENCIA. DOCUMENTO ELABORADO POR EL GRUPO DE TRABAJO DE BIOÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DE FAMILIA Y COMUNITARIA.**

La semFYC se plantea en este documento la moralidad de la medida legítimamente adoptada por el Gobierno, y si son correctos los criterios utilizados para imponer esta limitación. La respuesta a esta interrogante es no, aplicando al efecto la regla de la oportunidad justa de Rawls, que expresa que “*a nadie se le debería negar beneficios sociales sobre la base de condiciones desventajosas no merecidas*”, considerando como tales aquellas distribuidas por la lotería de la vida social o biológica.

Así mismo critica la limitación de la cobertura sanitaria a la atención sanitaria de urgencia, pues lo que hace la norma es una remisión a un concepto subjetivo muy difícil de delimitar para pacientes y profesionales, de modo que, en última instancia, el carácter urgente quedará al arbitrio del médico

Como alternativa, la sociedad científica propone ampliar la atención sanitaria a una “*atención sanitaria completa*” que comprenda la atención primaria, asistencia preventiva, medidas de salud pública, asistencia de urgencia, servicios especiales para los discapacitados y acceso a la medicación básica.

Por otra parte critica la extensión de esta medida a los inmigrantes irregulares que ya están empadronados con anterioridad a la entrada en vigor del RD\_Ley, lo que puede constituir un supuesto de aplicación retroactiva de disposiciones normativas restrictivas de derechos individuales.

A continuación, el grupo de trabajo analiza la medida desde el prisma de:

### a) La ética profesional.

Es evidente que esta medida atenta contra los principios éticos de beneficencia, justicia y no maleficencia.

### b) La ética cívica.

Ahonda en la relevancia de la objeción de conciencia como posible alternativa que tiene el profesional al que ahora, en contra de lo que dice el

código deontológico, se le fuerza a privar a su paciente de la necesaria continuidad asistencial

c) La ética institucional.

La semFYC asume el compromiso de intentar influir en el Gobierno, y si éste no se atiene a razones, apoyar la objeción de conciencia de todos aquellos que así lo decidan.

### **C) ESCRITO DE QUEJA DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE MÉDICOS DE ESPAÑA DIRIGIDA AL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. NOVIEMBRE DE 2012.**

La joven menor de edad Belén Langdon, víctima del trágico suceso que se produjo hace algo más de un mes en el “*Madrid Arena*”, había manifestado su voluntad de donar sus órganos, decisión ésta que, conforme al artículo 10 del RD 2070/99, de 30 de diciembre, fue refrendada por sus familiares. A partir de ese momento se iniciaron todos los preparativos, tanto clínicos como legales, para la extracción de los órganos. Sin embargo, cuando ya se había emitido el informe favorable por parte del médico forense del Instituto Anatómico Forense de Madrid para que se procediera a los trasplantes de hígado y riñones, e incluso se había preparado el hígado para ser implantado al receptor, el juez de guardia negó su autorización para “*no interferir ni frustrar la averiguación de lo acontecido ni poner en riesgo eventuales prácticas de prueba que en el futuro pudieran solicitarse*”.

El Presidente de la OMC manifiesta su total discrepancia con la decisión adoptada por el juez ya que:

a) No había duda alguna sobre el aplastamiento sufrido por la joven, al igual que en los otros tres casos en los que, sin embargo, se llegó incluso a incinerar los cuerpos.

b) Existía abundante documentación y conclusiones clínicas tras los cuatro días que estuvo hospitalizada.

c) Cabía la posibilidad en todo momento de extraer material biológico del cuerpo de la joven si fuera preciso.

### **D) ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA. RECOMENDACIONES SOBRE TOMA DE DECISIONES Y CUIDADOS AL FINAL DE LA VIDA EN NEONATOLOGÍA. GRUPO DE TRABAJO DE ÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE NEONATOLOGÍA.**

El artículo pone de manifiesto la importancia que revisten los cuidados paliativos en los enfermos neonatales y los retos éticos que plantea la limitación del esfuerzo terapéutico ante este tipo de enfermos, básicamente dos:

a) La limitación del tratamiento como posible causa de muerte del paciente.

b) Si no iniciar o retirar un tratamiento de soporte vital son o no actos diferentes desde un punto de vista ético.

Se considera que son pacientes susceptibles de limitación del esfuerzo terapéutico los niños nacidos en el límite de viabilidad (edad gestacional inferior a las 24 semanas), aquéllos que presentan anomalías congénitas incompatibles con la vida, o los niños que pueden llegar a sobrevivir con dependencia permanente de soporte vital invasivo.

Desde el punto de vista jurídico, se considera que estamos ante una práctica ajustada a la *lex artis*, y por ende exenta de responsabilidad jurídica, cuando el tratamiento no va a ser eficaz, y en el caso de tratarse de medidas de soporte vital cuando lo que se pretenda con ellas es aplazar la muerte o prolongar la agonía de una vida en situaciones límite.

Respecto a la forma que debe revestir el consentimiento informado, el artículo se hace eco de la discrepancia doctrinal existente al respecto, y así mientras que el Observatorio de Bioética y Derecho en su documento “*limitación del esfuerzo terapéutico en las unidades de neonatología*” del año 2009, recomienda la forma escrita, el Comité de Ética de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos lo desaconseja.

Otros aspectos que se abordan en este documento son cómo gestionar los posibles conflictos surgidos a raíz del desacuerdo entre los padres y los profesionales, la importancia que reviste el concepto de calidad de vida en el proceso de toma de decisiones ante este tipo de pacientes, o cómo deben actuar los profesionales cuando tras la retirada del tratamiento el niño no fallece.