

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.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 16 DE DICIEMBRE DE 2013, SALA DE LO SOCIAL, SEDE VALLADOLID, N° REC 1766/2013. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y TITULARIDAD DE UNA PENSIÓN DE LA S.S. DE SUIZA.

La recurrente se ha visto privada de su derecho a la asistencia sanitaria en el SNS en su condición de beneficiaria de su esposo, debido a que percibe una pensión a cargo de la Seguridad Social de Suiza –el importe de la pensión asciende a 282 €–.

La interesada, pese a disfrutar de la pensión, no está sometida a la legislación de dicho país, y por tanto, al no estar obligada a afiliarse al seguro de enfermedad suizo sí le resulta aplicable el RD 1192/2012, de 3 de agosto, regulador de la condición de asegurado y beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, por lo que resulta procedente reconocer su derecho a la asistencia sanitaria.

2.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN, SALA DE LO SOCIAL, DE 10 DE ABRIL DE 2014, N° 228/2014. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE EXTRACOMUNITARIO CON AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

La reclamante, de nacionalidad colombiana, y que se encuentra a cargo de su hija, de nacionalidad española, solicita que se le haga entrega de tarjeta sanitaria del SNS y se le reconozca su derecho a la asistencia sanitaria. La petición había sido denegada por el INSS en aplicación de lo previsto en el art. 7 del RD240/2007, de 16 de febrero.

Contra la sentencia de instancia se alza en suplicación el INSS que considera que la interesada debería haber acompañado como documentación la acreditación de que era titular de un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España, o en otro país, y que proporcione cobertura sanitaria durante su período de residencia en España.

Resulta clave conocer que la interesada era ya titular de una autorización para residir en territorio nacional, y por tanto, conforme al RD 1192/2012, sí que procede la estimación de la petición realizada por la reclamante. Si el INSS considera que no se debió conceder la autorización de residencia, lo que debería hacer es instar la declaración de lesividad del art. 103 de la Ley 30/1992, pero lo que no puede hacer es inaplicar las consecuencias legales del reconocimiento del citado derecho de forma unilateral.

3.- TSJ DE ARAGÓN SALA DE LO SOCIAL, SEC. 1ª, S 9-4-2014, N° 209/2014, REC. 153/2014. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE EXTRACOMUNITARIO CON AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

Ciudadana cubana que tiene una hija con nacionalidad española, y con tarjeta de residencia, se le deniega por la SS su derecho a ser beneficiaria del SNS por entender que un requisito para la concesión de la autorización inicial de residencia sin realizar actividades laborales o profesionales consiste en contar con un seguro público o privado de enfermedad en España.

La Sala entiende que no se ha vulnerado el art. 3 de la LCCSNS denunciado por la Administración de la SS, ya que la interesada es titular de una autorización para residir en España y no supera el límite reglamentario de ingresos, por lo que tiene derecho a la asistencia sanitaria.

4.- STSJ DE CLM DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº 10290/2013. TERAPIAS ALTERNATIVAS.

Se cuestiona si la apertura de un establecimiento de medicina tradicional china precisa autorización administrativa sanitaria.

La Sala confirma la sentencia apelada con invocación de diversas sentencias del TS, como ya lo hiciera el propio TSJ en sentencia de 3 de mayo de 2007, que este tipo de terapias naturales deben ser consideradas como actividad sanitaria.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- RESOLUCIÓN DEL TARC Nº 535/2013, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2013. ERROR EN LA INCLUSIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN EL SOBRE Nº 2

La Resolución se pronuncia sobre los recursos especiales interpuestos por varias empresas licitadoras contra la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, por la que se adjudica el contrato de suministro de un TAC Helicoidal para el Hospital General Nuestra Señora del Prado.

El Tribunal administrativo estima parcialmente los recursos interpuestos, en particular en relación a la inclusión por dos de las empresas licitadoras en el sobre nº 2 –documentación técnica para la valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor– de datos correspondientes en exclusiva al sobre 3, referido a documentación técnica para la valoración de los criterios evaluables de forma automática.

¿La inclusión de información en el sobre 2, referida a datos que debían proporcionarse en el sobre 3, puede afectar a la valoración a realizar por los técnicos de la documentación que compone el sobre 2?

La respuesta del Tribunal no admite duda alguna al respecto, ya que *“si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no hayan cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la general, la sujeta a juicio de valor y la evaluable de forma automática, la documentación, en este caso, a incluir en el sobre 3 que se ha incluido en el sobre 2, haría que los técnicos al realizar su valoración dispusieran*

de una información que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP”.

Esta doctrina se aplica con todo rigor por los distintos tribunales administrativos y órganos consultivos, y ello aun en el caso de que el mismo error se de en todos los licitadores (Informe 9/2012 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, publicado en el boletín de derecho sanitario y bioética nº 105 del mes de septiembre de 2013), o que exista un único licitador (Informe 54/10, de 15 de diciembre de 2011), no siendo de aplicación en ambos supuestos el principio de economía procesal.

En definitiva, serán excluidos los licitadores que introduzcan en el sobre correspondiente a información sujeta a un juicio de valor, aquella que debería formar parte del sobre de información evaluable mediante formulas –incluida oferta económica– No obstante no cabe obviar **la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, nº 5035/2012**, que consideró que:

*“Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que **del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.**”*

Lo anterior no empaña la vigencia y aplicación de la consolidada doctrina administrativa que avala la máxima anterior. En este sentido véase a título de ejemplo, entre otras muchas, las Resoluciones:

- 1.- Resolución del TARC nº 137/2012 de 8 de agosto de 2012.
- 2.- Resolución 9/2012, de 26 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.
- 3.- Resolución 70/2012, de 21 de marzo del TARC.

4.- Más recientemente, cabría significar el Informe 12/2013, de 22 de mayo de la JCCA de Aragón, que a continuación paso a analizar de forma más detallada.

2.- INFORME 12/2013, DE 22 DE MAYO DE LA JCCA DE ARAGÓN, SOBRE EL SECRETO DE LAS PROPOSICIONES Y LA INCLUSIÓN INDEBIDA DE LA DOCUMENTACIÓN EN LOS DIVERSOS SOBRES QUE DEBEN PRESENTAR LOS LICITADORES

El informe analiza las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la Ley.

En síntesis:

- a) Exclusión de los licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicios de valor o evaluables mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de los requisitos previos.
- b) Exclusión para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor. Infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 150.2).
- c) No exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a la información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor. La misma consecuencia para el caso en que el licitador haya presentado documentación que debía constar en el sobre de la oferta técnica no sujeta a valoración, en el sobre de los criterios sujetos a valoración automática.

La Junta insta conforme ya hiciera en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, a que los pliegos contemplen adecuadamente las exigencias relativas al secreto y publicidad de las ofertas. No obstante conviene recordar que aunque los pliegos hayan previsto la exclusión de un licitador que no respete la distribución de documentación tratándose de un caso de irregularidad no invalidante, no procedería dicha exclusión (Resolución 95/2012 del TACR). En este sentido se viene considerando por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, que no

se vulnera el secreto de las ofertas cuando la información que se ha desvelado de forma anticipada no es determinante de la valoración.

3.- ACUERDO N° 52/2013, DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN. CONTRATO DE SERVICIOS Y CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 52/2013, ha fijado doctrina para delimitar cuando un contrato es de servicios y no de servicios públicos, atendiendo al dato de si existe o no riesgo en la explotación. Así, un contrato de hemodiálisis, calificado inicialmente por el órgano gestor como de servicios públicos, es considerado de servicios.

El contrato objeto de recurso, define un número total de sesiones de diálisis y se establece el pago de las mismas al precio ofertado por el licitador que sea adjudicatario. La Administración se reserva para si el tratamiento de los pacientes que realiza en los hospitales públicos de referencia, y transfiere al adjudicatario un número total de pacientes, que no deja indeterminada la demanda del servicio. En el propio informe de necesidad del órgano de contratación se prevé la atención a un máximo de 60 pacientes, que supondrían un total de 25.040 sesiones.

Estos datos combinados con la doctrina existente (TJUE y JCCA) resultan determinantes para considerar, pese a lo que pudiera parecer a simple vista, que estamos realmente ante un contrato de servicios y no ante un contrato de gestión de servicio público.

1.- Doctrina administrativa

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/2010, de 23 de julio, que califica los contratos como el presente como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación:

«De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del

servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro” (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma».

2.- Jurisprudencia comunitaria

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige como condición sine qua non, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada. Así, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) a Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater), la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

De acuerdo con esta jurisprudencia y con los criterios de los órganos consultivos citados, el Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista.

Como consecuencia, ante la ausencia de transferencia de riesgo en la explotación del servicio por el adjudicatario, tal y como está definida la prestación del mismo:

a) El presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios. (No gestión de servicio público).

b) Procede, por tanto, la interposición de recurso especial en materia de contratación.

COLEGIOS Y PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº REC 89/2012. PROFESIONES SANITARIAS. ACCESO AL TÍTULO DE PSICÓLOGO CLÍNICO

La actora solicita que al amparo de lo previsto en las Disposiciones Transitorias del RD 2490/1998, de 20 de noviembre, se le reconozca el acceso al título de psicólogo especialista en psicología clínica por reunir todos los requisitos fijados reglamentariamente para acceder por la vía transitoria a dicha titulación.

Sin embargo la AN recuerda que el cumplimiento de tales requisitos se constituyen como el mínimo necesario para poder acceder a esta vía transitoria, y que la expedición del título se condiciona a la valoración de su historial profesional por parte de la Comisión Nacional de expertos.

En este caso la Comisión Nacional de Psicología Clínica emitió informe negativo, y que hizo propio la resolución administrativa definitiva objeto de impugnación. Sin embargo dicho informe, y por ende, la resolución, adolecen de falta de motivación generando una real situación de indefensión que provoca la retroacción de actuaciones para que la Administración motive suficientemente su decisión.

2.- STSJ DE EXTREMADURA, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº 1199/2013. LEGITIMACIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

El Colegio Oficial de Enfermeros de Badajoz impugna la Resolución de la Gerencia del Servicio de Extremeño de Salud por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de enfermero. En concreto el aparatado en el que se indica, contrariamente a lo establecido en Pacto sindical, que del proceso selectivo no se derivará ninguna bolsa de trabajo.

La Administración denuncia la falta de legitimación activa del Colegio de Enfermería, criterio que comparte la Sala para quién el Colegio está recurriendo una materia que no afecta directamente a los intereses profesionales de sus colegiados ya que lo que pretende es incidir es en la forma en que las bolsas de trabajo han de constituirse. Como recoge la Sentencia “*La función de defensa y protección de los intereses de la profesión y de sus colegiados no es*

suficiente para impugnar cualquier acto administrativo, aunque éste pueda tener alguna incidencia en el ejercicio de la profesión”.

Resulta perfectamente trasladable a los Colegios Profesionales la doctrina fijada por el TC en relación con los Sindicatos, de modo que no basta con una invocación genérica de la defensa de un interés colectivo, sino que es preciso que exista un vínculo especial y concreto entre la organización y el objeto del debate en el pleito de que se trate.

3.- STSJ DE VALENCIA DE 29 DE ENERO DE 2014, Nº 46/2014. EXISTENCIA EN RESIDENCIAS PARA MAYORES DE UNIDADES DE ENFERMERÍA

El Colegio Oficial de Enfermería de Valencia cuestiona la legalidad de la Orden 8/2012, de 20 de febrero, de autorización y funcionamiento de centros de servicios sociales especializados para la atención de personas mayores.

En concreto se critica la no inclusión dentro de la relación de servicios de los que puede disponer los centros de atención preventiva para personas mayores, del servicio de enfermería, lo que resulta contrario a lo previsto en el art. 7.2.a) de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias –LOPS–.

La Sentencia estima de forma parcial el recurso, y declara que se establezca en la Orden la posibilidad de que puedan existir en este tipo de centros, servicios de enfermería.

RESPONSABILIDAD SANITARIA

1.- STSJ DE EXTREMADURA DE 15 DE ENERO DE 2013, REC 282/2012. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EMPLEADO EN LA PRIMERA INTERVENCIÓN NO TIENE VALIDEZ PARA LAS RESTANTES INTERVENCIÓNES REALIZADAS POR ESA MISMA PATOLOGÍA

La sentencia de instancia desestima el recurso interpuesto contra el Servicio Extremeño de Salud por los daños derivados de una intervención quirúrgica realizada como consecuencia de una hernia inguinal, y las sucesivas intervenciones que se practicaron. El juzgador entendió que el consentimiento

informado prestado por el paciente para la primera de las intervenciones, y en el que se le comunicaba la posibilidad de complicaciones y de reintervención, era suficiente para acreditar la existencia de consentimiento informado respecto de las tres intervenciones posteriores.

El TSJ de Extremadura condena no por las secuelas o daños físicos ocasionados, sino por el daño moral consistente en no haber sido adecuadamente informado de las intervenciones quirúrgicas sufridas. No es lo mismo ser informado de la posibilidad de ser reintervenido, que ser informado de los riesgos y consecuencias que derivan en cada una de las operaciones que se practicaron.

2.- STSJ DE BALEARES DE 3 DE ABRIL DE 2013 Nº 298/2013. EXTENSIÓN DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA

El recurrente considera que la información facilitada ha sido incompleta ya que no se le dijo nada sobre la posibilidad de que se produjera la complicación que ha motivado la interposición del recurso, la fractura de la pared interna orbitaria del ojo. En el documento de información que se le hizo entrega para la práctica de la técnica consistente en “*cirugía endoscópica nasosinusal*”, se informaba de la posible existencia de complicaciones oculares, pero sin incluir la que finalmente se produjo.

La Sala considera que la advertencia de un posible riesgo específico consistente en “*complicaciones oculares*” comprende la advertencia de la lesión finalmente ocasionada. Para fundamentar este criterio, la Sala trae a colación la doctrina del TS que ha señalado que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada, y en un padecimiento innecesario para el enfermo. El consentimiento y la información que le precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad, y por tanto no cabe exigir hipótesis que se alejan del acto médico.

3.- STS DE 21 DE MAYO DE 2013, REC 4350/2012. INFORMACIÓN SOBRE COMPLICACIONES RARAS

Paciente que acude a Hospital General de Alicante y con ocasión de la atención sanitaria recibida, contrae una infección nosocomial de la que no fue informado en su momento (fascitis necrotizante).

El TS confirma la Sentencia recurrida ya que no es exigible información respecto a posibles complicaciones no habituales o raras.

4.- STSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 5 DE ABRIL DE 2013, Nº 564/2013.DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DAÑO MORAL

Matrimonio con un hijo diagnosticado de fibrosis quística de páncreas. Se someten a un detallado estudio genético que arrojó como resultado la mutación genética causante de fibrosis quística en el padre y el hijo, dando la madre negativo.

Años después, la madre vuelve a quedar embarazada siendo objeto de un especial seguimiento ginecológico en atención a los antecedentes familiares ya citados, practicándosele numerosas pruebas médicas. Una de las pruebas solicitadas por su ginecólogo fue: “*cariotipo en líquido amniótico y alfafetoproteína*”. El resultado de la prueba es “*varón cromosómicamente normal*”.

El parto se desarrolla con normalidad, si bien el recién nacido presenta una obstrucción intestinal y una sepsis tardía clínica. Sospechándose que sufría fibrosis quística, luego de diferentes pruebas, entre ellas un estudio genético, se concluye que el bebé padece fibrosis quística con afectación al páncreas y pulmonar leve. Los afectados de fibrosis quística pancreática tienen una expectativa vital de 30 años o a lo sumo una década más, su situación precisa de un entorno extremadamente limpio, durante la infancia ofrece un nivel de complicaciones importantes acentuándose durante la adolescencia.

Las cuestiones que se suscitan son:

1.- ¿Tiene algún tipo de responsabilidad el Servicio de Salud de Castilla y León, toda vez que las pruebas diagnósticas solicitadas se realizaron por un laboratorio privado? ¿Cabría aplicar el art. 97 del entonces vigente TRLCAP, conforme al cual es el contratista quién asume la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato?

Esta opción resulta, a juicio de la Sala, desproporcionada ya que el hecho lesivo se ha producido, inequívocamente, dentro de la prestación del servicio público sanitario. Los terceros aquí codemandados acudieron a la administración demandada para ser

atendidos sanitariamente, y así fue. No acudieron, en absoluto al laboratorio recurrente.

2.- Causación del hecho lesivo.

a) La solicitud del facultativo al laboratorio para que se realizase la mencionada prueba diagnóstica se hizo de forma incorrecta.

Debía cumplimentarse en unos documentos proformados entregados por el laboratorio codemandado. Esos documentos proformados contenían diferentes apartados de necesaria cumplimentación, máxime en el supuesto que nos ocupa, en que la solicitud de la prueba se salía de lo habitual. El citado facultativo solicitó la realización de la siguiente prueba de entre un elenco de casillas: “*cariotipo en líquido amniótico y Alfafetoproteína*”. Dejó en blanco el apartado correspondiente a la orientación diagnóstica y los datos clínicos de interés, pese a que en el apartado reservado a análisis del líquido amniótico, en el motivo de la amniocentesis figuraba la expresión literal “*fibrosis quística*”.

2.- Inadecuación de la prueba diagnóstica solicitada.

Este estudio realizado sólo sirve para identificar el cariotipo (estudio morfológico y cuantitativo de cromosomas), siendo insuficiente para diagnosticar la fibrosis quística, pues para detectar esta última enfermedad lo procedente es estudiar las mutaciones del gen que codifica una proteína.

3.- Falta de diligencia del laboratorio.

La actuación de los laboratorios no ha sido diligente, concurriendo causalmente a la producción del resultado lesivo, pues no solicitó el completado del documento de solicitud de la prueba pese a venir sustancialmente incompleto.

No obstante, la Sala considera que en este caso no cabe hablar de una concurrencia causal, pues la actuación de la administración autonómica sanitaria ha sido absolutamente determinante en la producción del resultado dañoso, absorbiendo la incuria del laboratorio.

A la vista de lo anterior, es evidente que se ha vulnerado el derecho a la información, y como consecuencia de dicha privación, la imposibilidad de haber podido interrumpir el embarazo ha provocado un daño real, efectivo y susceptible de evaluación económica.

5.- SAP DE MADRID, DE 28 DE MAYO DE 2013, N° 273/2013, REC 186/2013. RESPONSABILIDAD PENAL POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Paciente que acude al servicio de urgencias quejándose de dolor e inflamación en la mano izquierda. Tres meses después el paciente se somete en ese mismo hospital a una intervención quirúrgica de dicha mano.

El paciente llegó a primera hora y se entrevistó con el médico, quien le comunicó que tendría que esperar, dado que había previsión de cuatro intervenciones quirúrgicas para esa mañana. Poco antes de entrar en quirófano, el médico pudo reconocer la mano izquierda del paciente y conversar con él sobre la intervención que se aproximaba. Sin embargo, el médico acusado, sin consultar el historial clínico, procedió a intervenir quirúrgicamente por error la mano derecha.

Una vez que se había percatado del error y comprobó que, en efecto, la mano a operar era la izquierda y le habían operado la derecha, el médico le dijo al paciente, aún bajo los efectos de la anestesia, que le realizaría la operación prevista, previa confirmación, con el médico anestesista, de que, en opinión de éste, aguantaría una segunda sedación general, y sin que constase la existencia de consentimiento informado.

La Sentencia de instancia condenó al médico por la comisión de una falta del art. 621.1 del CP, pues las lesiones causadas no precisaron para su curación de tratamiento médico o quirúrgico, si bien la Sala recuerda que el art. 147 del CP no solo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también y de manera autónoma el derecho a la integridad física, y como establece el TC (STC 16/12/1996) *“dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular”*.

6.- SAP DE A CORUÑA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2013, N° REC 1059/2013. ERROR EN LA ADMINISTRACIÓN DE MEDICAMENTO

Fatal error en la administración de un medicamento destinado a la madre y que sin embargo se suministró al bebé recién nacido. La Sala exonera de responsabilidad a la profesional de administró el medicamento ya que era la profesional de menor cualificación y experiencia ya que había sido contratada para una sustitución de dos días y no resultó

supervisada por ningún otro interviniente. Por tanto resultaría desproporcionado exigir una mayor responsabilidad a quién profesionalmente se le exige una menor formación y que siempre tendría que haber actuado bajo la supervisión de un facultativo o técnico superior.

Por otra parte, de las circunstancias que rodearon el caso, resulta plausible que la acusada creyese que el medicamento iba destinado al bebé en lugar de la madre ya que el lugar donde se hallaba el mismo era un recinto destinado al cuidado de la recién nacida.

7.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2013, N° 369/2013. FALTA DE PERSONAL MÉDICO Y RESPONSABILIDAD DE LA CLÍNICA POR DAÑOS AL FETO

Mujer embarazada que en la última etapa de su embarazo, acude al servicio de urgencias del hospital de ‘La Inmaculada’ de Granada, sin que en dicha visita, atendida por un matró, se detectasen síntomas que determinaron pocas horas después que entrara en estado de eclampsia, siendo trasladada en ambulancia desde su vivienda a un hospital público con pérdida de consciencia, desprendimiento de 2/3 partes de la placenta determinando la extracción fetal mediante cesárea urgente por sufrimiento fetal agudo de su hijo con escasísima vitalidad (1/6 al minuto en el test de Apgar), en extrema gravedad, permaneciendo 27 días en la UCI quedando, como secuelas irreversibles, parálisis cerebral infantil y tetraplejia, entre otras.

Pese a la clara sintomatología presentada por la gestante (náuseas, mareos, dificultades de habla y respiración), no fue examinada por un médico sino por un matró, ya que no se disponía de un facultativo en ese momento, y que se limitó a valorar que la mujer no se encontraba de parto, sin prestar atención al estado de salud de la embarazada, lo que por otra parte tampoco estaba en su mano ni era función suya.

No hay constancia documental de lo que sucedió el día en que acudió a urgencias, si se tomó o no la presión arterial de la embarazada, incertidumbre achacable a la deficiente gestión y documentación del hospital privado. En cualquier caso, la gestante abandonó el centro en la errónea creencia de que no había motivo alguno de preocupación cuando pocas horas después ocurrió todo lo contrario.

8.- STSJ DE MADRID, DE 20 DE MARZO DE 2014 N° 205/2014. RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO DE PACIENTE SOMETIDO A ENSAYO CLÍNICO

Paciente oncológica que se somete en un hospital público a un ensayo clínico para el tratamiento de su patología. En un principio la respuesta fue satisfactoria con buen pronóstico, pero dos años más tarde la paciente presenta graves complicaciones cardíacas, presumiblemente asociadas al tratamiento aplicado en el marco del ensayo clínico, que finalmente provocan su fallecimiento.

La familia exige responsabilidad patrimonial al Servicio Madrileño de Salud por el fallecimiento de la paciente durante su participación en un ensayo clínico con personal sanitario de la Administración y en un centro hospitalario público, sin plantear en ningún momento un posible problema de deficiente praxis sanitaria.

El hecho de que la atención sanitaria se prestara en un hospital público o que, como era el caso, el investigador principal fuera un facultativo del hospital no permite incardinar la reclamación dentro del esquema de la responsabilidad patrimonial, sobre todo si se tiene en cuenta la existencia de regulación específica para los casos de daños derivados de la participación en ensayos clínicos (RD 223/2004).

Por tanto, no se puede transformar en responsabilidad patrimonial sanitaria el fallecimiento de la paciente por el hecho de que ésta se hubiese sometido a un ensayo clínico realizado en un centro sanitario público, sino que aquélla surgiría, en su caso, si se acreditase la deficiente atención sanitaria prestada.

FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS

1.- STC DE 6 DE JUNIO DE 2013, N° 137/2013. INCONSTITUCIONALIDAD DEL MODELO NAVARRO DE CONCERTACIÓN VOLUNTARIA DE OFICINAS DE FARMACIA

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad por considerar que determinados preceptos de la Ley Foral 12/2000 atentan contra el régimen establecido en la legislación básica estatal, consistente en un modelo de concertación general y universal para la dispensación de medicamentos por parte de las oficinas de farmacia. Es decir, la dispensación de medicamentos constituye para los farmacéuticos una obligación

de origen legal que no consiente adhesión voluntaria, y por tanto la concertación voluntaria solo será posible siempre que quede al margen de la misma el cumplimiento de obligaciones de origen legal, como es el caso de la dispensación de medicamentos. Por el contrario, el modelo navarro reconoce a los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público el derecho de concertación, y se establece el correlativo deber del Servicio Navarro de Salud de concertar con aquellos propietarios-titulares que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco sobre condiciones para dicha dispensación.

Como reconoce el TC, la Comunidad Foral de Navarra podrá fijar las condiciones en las que se efectuará la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, pero esa normativa de desarrollo no puede poner en entredicho la existencia misma del deber legal de dispensación. Así pues, el modelo navarro de concertación vulnera la legislación básica estatal en materia de sanidad al reconocer un derecho de concertación directamente vinculado a la dispensación de medicamentos prescritos por los facultativos del SNS, que se hace así depender de la adhesión voluntaria de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia al acuerdo marco.

Por lo que respecta a la constitucionalidad del resto de los preceptos legales cuestionados, y en concreto el art. 31.2.f) relativo a los aspectos que han de quedar comprendidos dentro de ese acuerdo –condiciones económicas de la atención farmacéutica y de la provisión de medicamentos a los ciudadanos–, solo será respetuosa con la legislación básica estatal si dichas condiciones se refieren a aspectos distintos de las condiciones económicas sobre aportación del beneficiario establecidas en la legislación estatal.

2.- STS DE 25 DE ABRIL DE 2014, REC 4317/2004. ANULACIÓN ACUERDO MARCO CONDICIONES DE CONCERTACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA

Se impugna en casación la sentencia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos por considerar que el acuerdo marco impugnado de condiciones de concertación de las oficinas de farmacia, se limita a aplicar los preceptos de la Ley Foral 12/2000.

El Supremo proyecta sobre este recurso la reciente declaración de inconstitucionalidad de la citada Ley.

3.- STC 83/2014, DE 29 DE MAYO. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 3169-2005. PLANTEADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 3 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA RESPECTO DEL REAL DECRETO-LEY 5/2000, DE 23 DE JUNIO, DE MEDIDAS URGENTES DE CONTENCIÓN DEL GASTO FARMACÉUTICO PÚBLICO Y DE RACIONALIZACIÓN DEL USO DE LOS MEDICAMENTOS. PRINCIPIOS DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y DE LEGALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA; LÍMITES A LOS DECRETOS-LEYES: CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO QUE ESTABLECE LA ESCALA DE DEDUCCIONES APLICABLE EN LA DETERMINACIÓN DE LOS MÁRGENES DE LAS OFICINAS DE FARMACIA POR EL SUMINISTRO DE ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Se cuestiona la inconstitucionalidad del art. 3 del RD-Ley 5/2000 por haber introducido una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria mediante un RD-Ley, en lugar de Ley conforme a lo previsto en el art 31.3 de la CE.

Dicho precepto establecía para los márgenes de las oficinas de farmacia por el suministro de especialidades médicas al SNS, una escala de deducciones aplicable sobre la facturación mensual de cada oficina de farmacia correspondiente a las recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a fondos de la Seguridad Social, o a fondos estatales afectos a la sanidad.

Pues bien, dicha prestación carece de naturaleza tributaria ya que no se pretende establecer una nueva forma de ingreso público con la que coadyuvar la financiación del gasto público, sino intervenir en una actividad que se incardina en un sector regulado con la finalidad de racionalizar el gasto farmacéutico.

Por tanto, no hay inconveniente para que a través de un decreto-ley se puedan establecer, modificar o derogar, prestaciones patrimoniales de carácter público, siempre y cuando, claro está, concurra una situación de extraordinaria urgencia que justifique el uso de este particular instrumento normativo, y a su través, no se afecte el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos consagrado en el Título I de la CE, art. 31.1.

INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

1.- SAN DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2013, N° REC 289/2010. ACCESO A LA HC Y PÉRDIDA DE RADIOGRAFÍAS

Es objeto de impugnación la resolución dictada por la AEPD que estima la reclamación presentada contra el hospital San Camilo. La reclamante solicitó acceder a la historia clínica de su madre fallecida, y que se le hiciera entrega de las radiografías y TAC. El hospital le hizo entrega del historial clínico que no incluía las placas de imagen de radiografías, ni de TAC.

El hospital alegó ante la AEPD que no conserva este tipo de pruebas ya que conforme a su protocolo interno, en los casos de fallecimiento, hace entrega de las mismas a los familiares sin obligar a la firma de ningún recibí, manifestaciones que son admitidas por la AEPD sin más.

La Sala critica la actuación de la AEPD, que declinó su competencia para inspeccionar y sancionar las obligaciones de conservación de la documentación clínica por parte del hospital privado, a favor de las autoridades sanitarias correspondientes, ya que:

1.- Soslayó algo tan relevante como que la afirmación realizada por el hospital de que las citadas placas no se hallaban en su poder, podría constituir una vulneración del deber de seguridad previsto en el art. 9 de la LOPD.

2.- Todos los hospitales tienen un pack donde almacenan todos los estudios por imagen que realizan, y todos los ordenadores de TAC tienen un sistema de almacenamiento de las imágenes realizadas que se graban en CDs o DVDs.

3.- La entrega de las imágenes/placas no ofrecía grandes dificultades, y en todo caso correspondía al hospital probar, o bien que había entregado con anterioridad a la paciente o a sus familiares las repetidas imágenes, o bien existía una imposibilidad material de realizar dicha entrega.

2.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE MARZO DE 2014, Nº REC 236/2013. UTILIZACIÓN POR UN LABORATORIO FARMACÉUTICO DE DATOS DE UNA OFICINA DE FARMACIA

Es objeto de impugnación la Resolución de la AEPD que acordó no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador o de infracción en relación con la denuncia formulada por el titular de una oficina de farmacia contra la mercantil Lilly, SA.

Esta última empresa se puso en contacto con el reclamante para indicarla mediante carta que estaba adquiriendo una cantidad desproporcionada de envases de determinados medicamentos, por lo que le instaba a que justificara que los medicamentos citados estaban siendo dispensados a pacientes. Asimismo, el laboratorio farmacéutico también puso en conocimiento del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla la adquisición de tales medicamentos por tres farmacéuticos de Sevilla, relatando que estaban adquiriendo cantidades significativamente superiores a las necesarias para abastecer el mercado.

El recurrente considera que el acceso por parte del laboratorio a este tipo de información supone una vulneración de la legislación sobre protección de datos de carácter personal, en concreto del art. 11.

Sin embargo el art. 2 del RD 1720/2007, señala que dicho reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas ni a los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros.

En efecto, conforme a la normativa comunitaria y jurisprudencia del TJUE, la titularidad del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, únicamente corresponde a personas físicas (a diferencia del derecho fundamental al honor, intimidad y propia imagen del art. 18.1 de la CE), con exclusión de las personas jurídicas. En este sentido la Sentencia destaca que el art. 18.4 de la CE emplea el término “*ciudadanos*”, de modo que parece hacer referencia a “*personas físicas*”.

En el caso de tratarse de empresarios individuales y profesionales, se hace necesario diferenciar si el dato en cuestión se refiere a su vida privada o bien a la empresa o profesión.

El supuesto objeto de controversia, la divulgación de datos relativos a compras de medicamentos por farmacias, que tienen la condición de establecimientos sanitarios privados de interés público, no gozaría de la protección dispensada por la LOPD ya que no guardan relación con la esfera íntima o personal del titular del establecimiento, sino con su actividad profesional. En este sentido señalar que la finalidad del tratamiento de estos datos era verificar si el elevado volumen de adquisición de ciertos medicamentos por las farmacias se corresponden con las necesidades del mercado y si su destino ha sido el previsto legalmente.

Respecto a que el art. 87 de la Ley 29/2006, establezca en relación con las obligaciones de información de los laboratorios, almacenes y oficinas de farmacia hacia la Administración respecto a los medicamentos vendidos y devueltos, que la recogida y tratamiento de dichos datos “*deberá adecuarse a la normativa vigente en materia de seguridad y protección de datos*”, a juicio de la Sala no quiere decir que tales datos sobre compras de medicamentos por las oficinas de farmacia gocen de la protección que dispensa la LOPD.

Por todo lo anterior se considera ajustada a Derecho la Resolución adoptada por la AEPD.

3.- STSJ DE CATALUÑA DE 3 DE DICIEMBRE DE 2012, SALA DE LO SOCIAL, Nº 8138/2012. REVELACIÓN DE RESULTADOS DE RECONOCIMIENTO MÉDICO.

En la empresa Mutua General de Cataluña existe la práctica habitual de someter a todas las personas de nueva incorporación, a una serie de pruebas médicas que incluyen análisis de sangre y de orina, y que se efectúan por la empresa Creu Blanca, que tiene encomendada su realización.

Este tipo de pruebas no guardan ninguna vinculación con los reconocimientos médicos del art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ya que no tienen por objeto determinar la aptitud del trabajador para realizar los cometidos para los que ha sido contratado, por lo que no se llevan a cabo conforme a las exigencias propias de aquéllos.

El actor, al igual que el resto de los trabajadores, se sometió a este tipo de pruebas médicas, pero sin que se le informase previamente de la amplitud de dichos análisis de sangre y orina.

Los resultados de las pruebas detectaron la presencia de VIH, por lo que el laboratorio solicitó del director médico de la empresa empleadora la autorización para realizar el necesario análisis adicional de confirmación. A su vez, el director médico de la empresa comunicó los resultados al Director General Adjunto de la entidad.

El trabajador, pocos meses después, comunicó su baja voluntaria en la empresa por sentirse indignado ante el rechazo de alguna de las propuestas profesionales presentadas como responsable del proyecto del que era coordinador.

En este caso lo verdaderamente relevante es que nadie informó al trabajador de que se fuese a realizar la prueba del VIH, un dato de gran importancia por cuanto una analítica ordinaria de sangre no permite detectar el virus. Precisamente por ello, no cabría invocar la existencia de un consentimiento tácito a la realización del reconocimiento médico ya que en ningún momento se especificó la inclusión en los análisis de la prueba de detección del VIH.

A la falta de información habría que añadir la ausencia de consentimiento informado escrito, y el hecho de tratarse de una prueba médica que no guarda relación alguna con el desempeño de su labor profesional, que no está justificada por la necesidad de determinar su aptitud para el trabajo.

La gravedad de los hechos se ve incrementada por la actuación posterior a la realización de la analítica, habida cuenta que una vez apreciada la presencia del virus, el laboratorio lo comunicó al director médico, que a su vez lo puso en conocimiento del Director General Adjunto (infracciones muy graves por revelación de datos a tercero y acceso a datos especialmente protegidos por personas no autorizadas).

Por todo ello es evidente que la revelación de la enfermedad ha ocasionado un daño moral (sufrimiento, el disgusto por la revelación del padecimiento de la enfermedad), sin que la Sala comparta el criterio del Juez “*a quo*”, que minoró las consecuencias derivadas de la práctica de dicha prueba sin contar con el consentimiento informado del trabajador, por considerar que en la actualidad ya no existe en relación con el VIH una carga tan negativa como años atrás.

Como muy bien precisa la Sentencia “*lo decisivo es que su derecho fundamental a mantener en el ámbito de la más estricta intimidad los pormenores sobre*

su estado de salud, y a esos efectos resulta irrelevante la concreta etiqueta de la enfermedad de que se trate...”

RECURSOS HUMANOS

1.- STC DE 11 DE MARZO DE 2013. COMPETENCIA PARA FIJAR LOS SERVICIOS MÍNIMOS EN CASO DE HUELGA EN EL SERVICIO MURCIANO DE SALUD.

Se plantea cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 7.2 l de la Ley de 5/2001, de 5 diciembre de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, que fue suprimido por la Ley 5/2012.

Dicho precepto atribuía al Director Gerente del Servicio Murciano de Salud la potestad de fijar los servicios mínimos en caso de huelga en esa entidad, lo que vulnera el art. 28 de la CE.

En efecto, como señala la Sentencia, el Director Gerente no es una autoridad gubernativa sino un órgano administrativo que asume las funciones de dirección y gestión del SMS y que, en consecuencia no se encuentra revestido de la nota de imparcialidad que, conforme a la doctrina del TC requiere la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga.

2.- STS DE 3 DE ABRIL DE 2013, REC 1954/2012. PARTICIPACIÓN EN PROCESO SELECTIVO DE PWRSONAL ESTATUTARIO FIJO DE ESA MISMA CATEGORÍA EN OTRA CCAA.

El Tribunal Supremo estima 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 interpuesto 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 TSJ DE ARAGÓN DE 15 DE FEBRERO DE 2013, Nº DE REC 159/2008. POTESTAD ORGANIZATIVA Y MOVILIDAD.

La Sentencia entra a analizar la potestad organizativa de la Administración, y la legalidad de la decisión adoptada al abrigo de dicha potestad, de reorganizar

la actividad funcional de un facultativo, un médico urólogo que presta servicios en el Sector Sanitario I de Zaragoza debido al proceso de remodelación y mejora en el que se encuentra inmerso el servicio de urología. Dicha demarcación comprende además del hospital donde presta servicios el interesado, otros dos centros hospitalarios. Como consecuencia de la decisión adoptada por la Gerencia, el facultativo debe asumir una parte importante de la actividad quirúrgica que se lleva a cabo en los otros dos hospitales.

Se cuestiona el ejercicio por la Administración de la potestad organizativa alegando que este tipo de decisiones contravienen el art. 87 de la Ley General de Sanidad así como el artículo 31 del RD 521/87.

En concreto, la parte apelante alega que el nombramiento del facultativo no va referido a ningún sector sanitario sino que es FEA del Hospital Nuestra Señora de Gracia, a lo que la Sala contesta trayendo a colación la abundante jurisprudencia constitucional conforme a la cual las Administraciones no están obligadas a respetar intactas y congeladas las estructuras administrativas existentes.

A partir de la doctrina antes expuesta, es decir la inexistencia de derechos adquiridos por parte de los funcionarios a que se mantenga la estructura de los organismos en los que sirven, la Sala considera que *“el hecho de que el recurrente tenga un nombramiento como médico especialista en Urología con destino en el Hospital Nuestra Señora de Gracia, no es óbice para que, encuadrado en un Sector Sanitario, quién tiene competencia para ello pueda adoptar decisiones desde el punto de vista organizativo o asistencial...”*

Sin embargo la medida adoptada como manifestación del ejercicio de la potestad discrecional antes mencionada no puede rebasar los límites de legalidad. En concreto habría que verificar el cumplimiento de la teoría de los hechos determinantes, si en realidad concurren o no las circunstancias que justifican la necesidad de la medida combatida para que no estemos ante una decisión arbitraria.

Este es el talón de Aquiles de la decisión administrativa impugnada, ya que de la prueba practicada se desprende claramente que, pese a todo, el recurrente continuó realizando su actividad quirúrgica en su hospital de destino, sin que se aprecie la repercusión que en ella pudiera tener la *“remodelación y mejora”* a las que se refieren los actos impugnados, a la vez

que queda de manifiesto que no resultó necesaria su actuación profesional en el Hospital Royo Villanova.

4.- STSJ DE CLM DE 31 DE OCTUBRE DE 2013, Nº 278/2013, Nº DE REC. 110/2012. CESE EN PUESTO DE LIBRE DESIGNACIÓN.

Se discute la legalidad del cese de un jefe de servicio, personal estatutario, como consecuencia de la “pérdida de confianza en las funciones directivas que desempeñaba en virtud de un nombramiento de libre designación”.

La cuestión central del debate reside en determinar si los ceses del personal funcionario en puestos de libre designación deben estar motivados, o si por el contrario, sería suficiente con una genérica invocación a la pérdida de confianza, que por otra parte se entendería implícita en el propio acuerdo de cese.

La jurisprudencia tradicionalmente se ha decantado a favor de la inexigibilidad de la motivación para cargos directivos y de libre designación, en los que la “confianza”, que solo puede ser verificada por la autoridad que verifica el nombramiento, se erige en un factor esencial para que se efectúe dicha designación.

Sin embargo, tras la STS de 30 de septiembre de 2009, la doctrina jurisprudencial ha experimentado un cambio sustancial en lo que respecta a la significación que tiene el procedimiento de libre designación, tanto en lo que respecta al nombramiento como al cese. Conforme a esta nueva jurisprudencia, se pone de manifiesto la importancia que adquieren los principios constitucionales de mérito y capacidad, conforme a los cuales se ha de interpretar el verdadero significado de la “confianza” que inspira este tipo de nombramientos. Por tanto, deviene obligada la motivación de ese tipo de actos (art. 54.2 de la Ley 30/1992 y 56.2 del RD 364/1995), completada –y ésta es la verdadera novedad– con una referencia a dos extremos:

- a) Los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento.
- b) Las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquéllos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes.

En la **Sentencia de 17 de diciembre de 2010**, este mismo Tribunal ya decía en relación con la importancia que adquiere la confianza en estos nombramientos:

«Siempre se ha dicho que el puesto de “libre designación” es de “confianza” de quién efectúa el nombramiento; el concepto de confianza no se debe confundir nunca con la sintonía personal o ideológico-política, entre quien hace la designación y el designado, sino con la valoración de la capacidad técnica de quien es llamado, en el sentido de que se cree o se “confía” que está mejor preparado técnicamente que otros para el ejercicio de ese concreto puesto de trabajo».

Esta misma doctrina aplicable respecto a la motivación de los nombramientos para puestos de libre designación, considera la Sala que también se debe predicar respecto de los actos administrativos de cese, lo que supone que la “confianza” a la que habría que apelar para justificar esta decisión administrativa debe ser aquélla que deriva de la aptitud profesional del candidato.

Como dice textualmente la Sentencia en su **Fundamento Jurídico Quinto**:

“...la pérdida de confianza ha de fundarse de modo análogo a la vista del desarrollo de la actividad profesional en el puesto que viniera ocupándose y no por mero capricho del órgano decisor (piénsese, a efecto meramente ilustrativos, en la hipótesis de ceses del personal funcionario que, de un modo u otro, ejerza funciones preventivas de control de la legalidad de la actuación administrativa o de terceros y que el rigor en el ejercicio acarree, precisamente, el cese ante la incomodidad de la autoridad administrativa que se siente fiscalizada de legalidad)”.

SEGUNDO.- Descendiendo al caso concreto objeto de enjuiciamiento, la Sala llama la atención sobre el hecho de que se haya empleado por la Administración un sistema de provisión tan excepcional como es la libre designación para el desempeño de un puesto de Jefe de Servicio en materia de selección de personal. En efecto, como señala la Sentencia:

“el sistema de provisión de puestos de trabajo de libre designación ha de ser considerado excepcional, reducido a los altos cargos de la Administración, y dentro del sector profesional a los puestos que deben ser cubiertos por

funcionarios de carrera pero cuya naturaleza y conexión con la actividad política, exigen que el funcionario seleccionado sea de la confianza del designante”.

En el presente caso es evidente que no estamos ante un puesto directivo (art. 20 del RD-Ley 1/1999), y por tanto no resulta suficiente como causa revocatoria del nombramiento de la interesada la pérdida de la confianza, sino otras justificaciones de mayor entidad.

A partir de estas últimas consideraciones efectuadas por la Sala, entiendo que habría que distinguir dos supuestos claramente diferenciados dentro del sistema de provisión de libre designación:

- a) Puestos de libre designación con contenido eminentemente político o de confianza personal.
- b) Puestos de libre designación con contenido eminentemente técnico.

Este último supuesto, en puridad, tendría difícil encaje en el sistema de libre designación, pues tal y como vienen señalando nuestros Tribunales de Justicia, la adopción de este sistema de provisión se debe justificar, no de forma que afecte genéricamente a todos los puestos, sino de forma individualizada, detallando las funciones que tienen asignadas, con especial incidencia en aquéllas que conlleven una especial responsabilidad o confianza (STS de 21 de mayo de 2012 y STSJ del Principado de Asturias, de 24 de julio de 2012, ambas publicadas en el **Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del Sescam nº 96, Enero de 2013**, disponible en la web del Sescam). Especial mención merece, por afectar directamente al Servicio de Salud del Principado de Asturias en un caso muy similar, la Sentencia del TSJ de Asturias de 30 de abril de 2010, publicada en la **Revista “Derecho y Salud” Volumen 21, Nº 1 Enero-Junio 2011**, pag. 176, sección “*Informes y Jurisprudencia*” que dirige quién suscribe, en la que la Sala establece respecto de este sistema de provisión que:

- 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.

Esta distinción ha sido puesta de manifiesto recientemente por el **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete, que en su Sentencia de 1 de Julio de 2013**, con ocasión del cese del tesorero de la Diputación Provincial de Albacete, se hace eco de la STSJ de CLM de 17 de diciembre de 2010 (antes citada) para afirmar que:

“No es lo mismo el caso de Secretario/a personal de un alto cargo, donde, además de los requisitos legales, la confianza personal o relación personal sí es importante, de aquéllos otros puestos de carácter eminentemente técnicos, como lo es el aquí discutido de Vicesecretario General de una Diputación Provincial; naturaleza técnica aceptada por ambas partes; es decir, el Vicesecretario General no va a realizar encargos personales del Presidente de la Diputación sino sólo aquéllas funciones que le corresponden, propias de la Secretaría, y en el estricto marco de la ley.

Por ello el margen de discrecionalidad, que ha de manifestarse en la motivación de la designación, no es igual en los puestos de libre designación de carácter técnico que en los que no lo sean, pues la aptitud o preparación técnica en el primer caso es más objetivable, sin la rigidez propia del concurso, que en el segundo caso”.

REINTEGRO DE GASTOS

1.- STSJ DE CLM DE 17 DE OCTUBRE DE 2013, Nº 1202/2013. REINTEGRO DE GASTOS TRATAMIENTO ONCOLÓGICO.

Paciente a la que se le diagnosticó un tipo de liposarcoma mixto. Es sometida a intervención quirúrgica, y posteriormente tratamiento de radioterapia. La Inspección Médica expide autorización para ser

sometida en una clínica privada a tratamiento de radioterapia de alta resolución (tomoterapia). Sin embargo, y tras nuevas pruebas diagnósticas, el comité de tumores decide la reintervención previa al tratamiento de radioterapia.

Tras diversos reconocimientos, el coordinador de las unidades de oncología de Toledo y Talavera insiste en la necesidad de someter a la paciente al tratamiento de tomoterapia, pero el centro hospitalario de referencia no lo autoriza.

Finalmente la interesada decide acudir al centro sanitario privado y someterse al tratamiento de tomoterapia, tratamiento por el que abonó 14.560 € que ahora solicita que le sean reembolsados por el servicio de salud.

La Sala no comparte los argumentos de la recurrente ya que en este caso no estamos ante un supuesto de reintegro de gastos por urgencia vital, sino más bien ante una disconformidad con el tratamiento que a juicio de los médicos especialistas debía dispensársele. En ningún caso estamos ante una urgencia vital que por presentarse de modo inopinado, no ofreciese otra alternativa que acudir a un centro privado.

2.- STSJ DE BALEARES, Nº 451/2013, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2013. REEMBOLSO DE GASTOS POR INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA EN FRANCIA.

Paciente intervenida quirúrgicamente en París por un nevus pigmentario congénito gigante en su pierna derecha. Fue debidamente autorizada por la seguridad social española, y lo que se discute es quién debe reembolsar a la interesada los gastos ocasionados de los que no se hace cargo la sanidad francesa, si el INSS por ser el órgano emisor del formulario E-112, o bien el Servicio de Salud.

El recurso interpuesto por el Ib-Salut es desestimado por cuestiones procesales aunque la Sala advierte que en todo caso el abono de los gastos sanitarios reclamados correspondería al Servicio de Salud por ser la entidad obligada a prestar la asistencia sanitaria, sin perjuicio de la intervención del INSS en quién se centraliza la emisión de la autorización formalista, a través de la emisión del formulario E-112.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1.-GESTIÓN SANITARIA.

LA GESTIÓN CLÍNICA. DOCUMENTOS VARIOS.

El 24 de marzo se publicaba en el Diario Oficial de Galicia, el **Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud**, justo en un momento en el que está en pleno auge el debate sobre la utilización de esta antigua, y digo bien, fórmula organizativa.

En efecto, los profesionales sanitarios, gestores y directivos de los distintos Servicios Públicos de Salud, Colegios Profesionales, Sociedades Científicas y Organizaciones Sindicales, han redescubierto, catorce años después de que el INSALUD pusiera en marcha el proyecto piloto de la gestión clínica en seis de sus hospitales, las bondades y las desventajas de este modelo.

Para unos estamos asistiendo al intento enmascarado de retomar el proyecto de privatización de la sanidad pública a través de la progresiva laboralización del personal estatutario, como así parece atestiguarlo la reciente modificación del Estatuto Marco, mientras que para otros, la gestión clínica se convierte necesariamente en sinónimo de “*eficiencia*”, “*calidad*”, “*productividad*” y “*mejora asistencial*”.

En enero de 2014, la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos publicó el documento “Bases para la Gestión Clínica en el SNS”, en el que subrayan las bondades de un sistema que está llamado a potenciar el papel protagonista de los profesionales sanitarios en la gestión de los recursos asignados. En términos similares se pronunció el **Sindicato CC.OO en su informe “Análisis y valoración de los presupuestos sanitarios previstos para el 2012 en las CCAA”,** en el que se recomendaba facilitar una mayor implicación de los profesionales en la gestión del sistema (gestión clínica).

Por el contrario, la **Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, en su documento “Unidades de Gestión Clínica, ¿un rodeo para la privatización sanitaria?”(2014)** advierte de los peligros que encierra la implantación de este modelo de gestión, una seria amenaza para la pervivencia del sistema sanitario público.

Sin embargo ninguno de estos escenarios se corresponde con los resultados obtenidos en las CCAA donde se ha aplicado profusamente esta herramienta de gestión, de modo que ni estamos ante la panacea a los problemas estructurales del sistema sanitario, ni por otra parte, ha comportado, allí donde se ha utilizado, el desmantelamiento de la sanidad pública (Andalucía). Luego, ¿cuál es el sentido a este debate si a lo largo de todos estos años no ha habido variaciones sustanciales en torno a lo que hemos de entender por “*gestión clínica*”?

Si se compara el documento elaborado por la **Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobre “Unidades de Gestión Clínica” (2014)**, con el manual “*Gestión clínica en los centros del Insalud*” (Madrid 2001), podremos observar que apenas si existen diferencias relevantes en torno a su significación, límites, y alcance, más allá de la modificación del EM operada por la Ley 10/2013, de 24 de julio.

En efecto, el nuevo art. 65 bis del EM, que lleva por rúbrica “*servicios de gestión clínica*”, parece presuponer que la prestación de servicios en este tipo de unidades clínicas por parte de personal estatutario se llevará a cabo bajo el régimen jurídico laboral, si bien es cierto también que el art 63.1 del citado texto legal, en la redacción dada por la disposición final 5.1 de la Ley 10/2013, de 24 de julio, establece que el personal estatutario “*se hallará en servicio activo cuando preste los servicios correspondientes a su nombramiento como tal, o cuando desempeñe funciones de gestión clínica, cualquiera que sea el servicio de salud, institución o centro en el que se encuentre destinado*”.

2.- SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1.- DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO RELATIVO AL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE REGULA LA PRESTACIÓN DEL TRANSPORTE SANITARIO NO URGENTE.

El Consejo de Estado cuestiona abiertamente la aplicación del copago en una de las prestaciones que conforman el contenido de la cartera suplementaria del SNS: el transporte sanitario no urgente. La razón: no queda suficientemente acreditado en la

memoria económica el supuesto ahorro que la puesta en práctica de esta medida pueda suponer para las arcas públicas.

En efecto, según refiere la memoria económica del proyecto de RD y de la que se hace eco el Consejo de Estado en su dictamen, “*los ingresos que puede suponer la aportación pueden verse compensados por los costes de la gestión de su cobro*”. Por ello el Consejo Consultivo considera que debería llevarse a cabo una reevaluación del sistema que permita dotar de una mayor eficiencia, claridad y precisión, todo el régimen de gestión.

Al margen de consideraciones economicistas, habría que tener en cuenta el efecto desfavorable que, desde el punto de vista sanitario, representa la introducción del copago en esta modalidad de prestación sanitaria, como ya advirtió en su momento la Defensora del Pueblo.

¿Estamos ante una medida que favorece la inequidad en el acceso a la asistencia sanitaria, ya que son las rentas más bajas las que proporcionalmente contribuyen más que las altas, y los copagos recaen sobre los pacientes más consumidores (en especial ancianos)? O por el contrario, ¿se puede entender que con esta medida se frenaría el consumo irracional y abusivo de recursos sanitarios?

2.- TRANSPARENCIA EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO. CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN VÍCTOR GRIFOLS Nº 31.

Victoria Camps, presidenta de la Fundació y catedrática emérita de Filosofía Moral y Política de la UAB, en su presentación de este nuevo cuaderno de la Fundación Grifols, afirma: “*La publicidad otorga credibilidad a la gestión de los recursos públicos y la abre a la participación ciudadana*”.

La transparencia exige que el ciudadano tenga una mayor información, y una participación más creciente en las decisiones que afectan al sistema sanitario público, lo que comporta hacer públicos los resultados asistenciales y los datos de gestión. En este sentido, cabe destacar el ejemplo de Cataluña, que a través de la Central de Resultados recoge datos asistenciales por centros y patologías.

3.- BIOÉTICA.

1.- MAPA DE COMPETENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS PROFESIONALES EN BIOÉTICA. ESTRATEGIA EN BIOÉTICA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA 2011-2014. CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SANIDAD Y POLÍTICAS SOCIALES. JUNTA DE ANDALUCÍA.

Una prueba más de los muchos trabajos en bioética que viene llevando a cabo en los últimos años la Comunidad Autónoma de Andalucía lo constituye este *“Mapa de Competencias y Buenas Prácticas Profesionales en Bioética”*. Un documento verdaderamente interesante en el que se identifican las competencias en bioética y las buenas prácticas profesionales a partir de cinco bloques temáticos: los ciudadanos, la atención sanitaria, el profesional, la eficiencia y los resultados.

Así, en el bloque relativo a la ciudadanía, la competencia identificada sería aquélla que se refiere a ser capaz de traducir al interior del mundo sanitario los principios y valores que la ciudadanía ha ido considerando y acordando como fundamentales. A su vez, y en relación con esa competencia profesional se identifican determinadas buenas prácticas, como *“proteger los derechos de los enfermos”* para lo que se debiera, entre otras actuaciones, *“ofrecer información sobre la existencia de un Comité de Ética Asistencial”*, o *“facilitar información sobre los procedimientos para ejercer el derecho de acceso a la historia de salud”*.

Merece una valoración positiva la inclusión, dentro de las *“buenas prácticas profesionales”* en el campo de la atención sanitaria, de las siguientes prácticas:

1.- *“Proteger a los pacientes de la obstinación terapéutica”* con el propósito de *“proteger a las personas enfermas que se encuentran en situación terminal o de agonía y a efectos de una enfermedad grave e irreversible, de medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, sin posibilidades de mejora o recuperación, siendo susceptibles de limitación”*.

2.- Consultar al Comité de Ética Asistencial de referencia cuando se le planteen al profesional sanitario conflictos éticos que no pueda resolver por sí solo/a tras un proceso deliberativo con otros profesionales.

2.- DECLARACIÓN DE HELSINKI DE LA AMM. PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LAS INVESTIGACIONES MÉDICAS EN SERES HUMANOS. 64ª ASAMBLEA GENERAL. FORTALEZA, BRASIL. OCTUBRE 2013.

La Declaración de Helsinki de 1964 ha experimentado importantes modificaciones –ha habido hasta siete versiones y dos notas aclaratorias– la última la que ha tenido lugar en octubre de 2013.

El documento incorpora los principios generales que deben presidir la investigación biomédica, recordando lo que ya dijera la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Ética Médica.

Tras estos principios generales, la DH agrupa su articulado en torno a diez epígrafes no enumerados, a saber: riesgos, costos y beneficios; grupos y personas vulnerables; requisitos científicos y protocolos de investigación; comités de ética de investigación; privacidad y confidencialidad; consentimiento informado; uso del placebo; estipulaciones post-ensayo; inscripción y publicación de la investigación y difusión de resultados; intervenciones no probadas en la práctica clínica.

En cuanto al fondo, cabría destacar:

1.- La regulación que hace el uso del placebo, que solo resulta admisible si no existe una intervención probada, o bien porque concurren razones metodológicas científicamente sólidas y convincentes, y resulte necesario para determinar la eficacia y la seguridad de una intervención.

En todo caso, se debe garantizar que los pacientes que reciben el placebo no correrán riesgos adicionales de daño grave o irreversible.

2.- La extensa regulación del consentimiento informado (apartados 25 a 32).

