

JURISPRUDENCIA E INFORMES

*Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**
Doctor en Derecho - Lcdo. en CC. Políticas
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica
Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

PRESTACIONES SANITARIAS

1. INSTRUCCIÓN Nº 4/2014, DE 31 DE JULIO DE PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN LOS CENTROS DEL SERVICIO MURCIANO DE SALUD, A LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN LAS SITUACIONES ESPECIALES RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO DE 2003.

Dicha Instrucción regula la extensión de la asistencia sanitaria pública en supuestos especiales, tanto la asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, la asistencia al embarazo, parto y postparto, como la asistencia a extranjeros menores de 18 años, así como los requisitos para su acreditación documental.

En concreto, se les hará entrega de un documento acreditativo de su condición como usuarios del SMS que en el caso de la asistencia sanitaria por urgencia tendrá una duración máxima de tres meses prorrogables por otros tres meses más, siendo preciso un informe favorable de la DG de AS para el caso de exceder los seis meses.

En el caso del embarazo, parto y posparto, el documento extenderá su vigencia hasta tres meses después de la fecha probable de parto.

Para los menores de 18 años, a partir del primer año de vida el documento se expedirá por cuatro años renovables hasta la mayoría de edad. En el caso de falta de renovación podrá ser nuevamente dado de alta

pero siempre que presente el documento de empadronamiento, un requisito que no exige la legislación estatal ya que para acceder a la asistencia sanitaria en estos supuestos basta con tener la condición de extranjero no registrado ni autorizado como residente en nuestro país.

Los extranjeros menores de dieciocho años y las mujeres extranjeras embarazadas no registrados ni autorizados como residentes en España.

2. LA CRIOTERAPIA ESTÁ INCLUIDA EN LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SNS. STSJ DE CASTILLA Y LEÓN, DE 8 DE JULIO DE 2014, Nº 1479/2014.

Paciente oncológico adscrito a MUFACE que reclama el reintegro de los gastos sanitarios por haberse sometido a un tratamiento de cáncer de próstata a través de la técnica de la crioterapia. Consta que la crioterapia no se encuentra comprendida dentro de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, pero que el Servicio de Salud de Castilla y León sí lo aplica.

La Sala estima la pretensión de reembolso del paciente ya que la acción protectora del Régimen de Seguridad Social de los Funcionarios es similar al del SNS, de modo que el referente para determinar el nivel de prestaciones en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, debe ser el del respectivo servicio autonómico de salud.

3. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA POR CONDICIONES SANITARIAS INSATISFACTORIAS EN ESTADO DE ORIGEN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE OCTUBRE DE 2014 ASUNTO C-268/13.

Mujer que padece desde hace varios años enfermedades vasculares graves. Las distintas pruebas médicas a la que se ha sometido aconsejan que se le practique una operación a corazón abierto para sustituir la válvula mitral e implantar dos endoprótesis vasculares.

La interesada al considerar que las condiciones materiales del hospital al que fue derivada eran insatisfactorias para someterse con éxito a tal operación, decidió acudir a una clínica privada en Alemania, si bien con anterioridad solicitó de la Administración de su país que asumiera el coste de la operación, petición ésta que le fue denegada.

Desde el punto de vista del Derecho Comunitario la autorización requerida no puede negarse cuando la asistencia hospitalaria de que se trata no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado miembro de residencia. Para poder apreciar si un tratamiento puede obtenerse en tiempo útil en el Estado miembro de la residencia, se ha de tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso concreto, entre las cuales puede encontrarse una falta de medicamentos y de material sanitario de primera necesidad que haga imposible dispensar en tiempo útil en el Estado miembro de residencia, un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia.

Ahora bien dicha imposibilidad debe apreciarse en el conjunto de los hospitales del Estado miembro de la residencia que pueden dispensar la asistencia de qué se trata, y a la vista del lapso de tiempo durante el que esta última pueda obtenerse en tiempo útil.

4. DERECHO A LA DISPENSA GRATUITA DE MATERIAL FUNGIBLE PARA SISTEMA DE MONITORIZACIÓN CONTINUA DE GLUCOSA EN TIEMPO REAL. STSJ DE CLM DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014, N° 1332.

La Sentencia de instancia reconoce el derecho del recurrente a que se le reintegren los gastos sanitarios y que se reconozca su derecho a la dispensa gratuita con cargo al Sescam del material fungible necesario para poder utilizar el sistema de monitorización continua de glucosa en tiempo real.

La Administración opuso que el aparato adquirido por el recurrente no se encuentra incluido dentro del Anexo III del RD 1030/2006 por no tratarse de un procedimiento médico para “curar” sino para “medir”, por lo que no puede tener la consideración de prestación de carácter médico. Dos son los factores que adquieren una importancia decisiva para resolver la cuestión suscitada:

1. La gravedad de la enfermedad padecida por el demandante
2. El aparato de monitorización continua de glucosa le fue recomendado por el Servicio de Endocrinología como mejor tratamiento alternativo indicado para la situación del paciente.

Queda acreditado que no se obtenían resultados satisfactorios con otros tratamientos llegando a correr peligro su vida por ello (hipoglucemias graves nocturnas), por lo que está plenamente justificado que el paciente procediera de forma directa a la adquisición del aparato ante la falta de suministro por parte del Servicio de Salud.

La STSJ de CLM estima el recurso de suplicación interpuesto por la Administración por dos motivos:

- 1º El aparato de monitorización continua de glucosa en tiempo real no consta incluido a día de hoy en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

Como recoge la Sentencia “*La inclusión de nuevos tratamientos, técnicas o procedimientos para adecuarse a los avances tecnológicos y a las necesidades cambiantes de la población, así previsto en el RD 1030/2006 como uno de sus objetivos, habrá de hacerse por el cauce establecido en dicha norma, lo que no puede ser suplido por este Tribunal, salvo que se advirtiese la existencia de urgencia vital, ello naturalmente sin perjuicio de la existencia de responsabilidad a la Administración si se considerase como un funcionamiento anormal del servicio público...*”

- 2º No concurre el requisito de urgencia vital, sin que a ello pueda obstar el hecho de que el producto sanitario fuera o no recomendado por un especialista de la sanidad pública.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. MEDICAMENTOS-CONTRATACIÓN PÚBLICA Y FUNCIONES DEL PERSONAL ESTATUTARIO

1. LGURM Y CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE DISTRIBUCIÓN Y ENTREGA DE MEDICAMENTOS HOSPITALARIOS. RESOLUCIÓN DEL TACRC DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, N° 124/2014, DE 19 DE MAYO DE 2014.

Es objeto de impugnación el criterio de adjudicación consistente en la presentación de un proyecto para llevar a cabo la distribución logística del objeto del contrato a los distintos almacenes de consumo de centros hospitalarios, así como la dotación de medios humanos y técnicos para la realización de estas tareas.

Asimismo se incluye como criterio de adjudicación en cuanto a la distribución y entrega en los centros y almacenes de consumo de los Hospitales de la provincia de Córdoba, la presentación de un proyecto de actuación logística conforme al cual serán por cuenta del adjudicatario los gastos derivados de la aplicación de los criterios de logística, distribución y entrega de los productos de dichos centros.

A juicio de la Asociación recurrente, no es lícito imponer al adjudicatario la obligación de entrega del medicamento en una multitud de unidades médicas ya que la entrega física de medicamentos en aquéllos lugares- que son dependencias distintas del servicio de farmacia- es una infracción administrativa grave tipificada en la LGURM, y que la labor de dispensación de los medicamentos corresponde en exclusiva a los servicios de farmacia.

La Resolución del TARC de Andalucía considera que según los PPT la distribución de los medicamentos en los almacenes de consumo de los centros sanitarios solo significa que la empresa adjudicataria debe entregar los mismos en dichos lugares, es decir la distribución logística en los almacenes no sería más que la materialización de la obligación prevista en el art. 292.1 del TRCSP.

Por tanto la distribución del medicamento entendida como entrega física y recepción del mismo en el almacén, es un paso previo y totalmente distinto a la dispensación que, en el ámbito sanitario corresponde exclusivamente al servicio de farmacia.

Por otra parte la LGURM no obliga a efectuar físicamente la entrega de los medicamentos en el servicio de farmacia, como tampoco exige que la entrega de los medicamentos en almacenes de consumo o unidades clínicas en planta de hospitalización, exija la actuación personal del farmacéutico responsable.

2. NO SE PUEDE OBLIGAR AL CONTRATISTA A DISTRIBUIR LOS MEDICAMENTOS UNA VEZ RECIBIDOS EN EL ALMACÉN DE FARMACIA. RESOLUCIÓN DEL TACRC N° 393/2014, DE 19 DE MAYO.

Se impugna el pliego que impone la obligación de entregar los productos objeto de contratación en el lugar en el que les indiquen los respectivos Servicios de Farmacia, y además la recurrente considera que no cabe contemplar como criterio de valoración la existencia de un Plan de Distribución en función de la eficiencia que presenten en la distribución de la fluidoterapia dentro de los centros hospitalarios, toda vez que la normativa sectorial establece normas estrictas sobre la distribución de medicamentos.

Sobre la primera de las cuestiones, la Resolución señala que del pliego lo que se deduce es que los Servicios de Farmacia indicarán un lugar de entrega y debe presumirse que dicho lugar estará habilitado legalmente para ello.

Sobre la segunda de las cuestiones suscitadas, el pliego impone al adjudicatario la obligación de, una vez entregado el producto, efectuar la distribución interior del mismo desde el almacén de farmacia. Según el órgano administrativo lo que se pretende imponer al adjudicatario es una obligación que va más allá de las propias del contrato de suministro pues el adjudicatario deberá además distribuir el producto una vez recepcionado. Esta obligación supone introducir una prestación no subsumible en el concepto de contrato de suministro, y por tanto una variación del objeto del mismo a través de los criterios de adjudicación.

Tratándose por tanto de una nueva obligación resulta necesario que al menos se encuentre definida con suficiente precisión, lo que no sucede en el presente caso ya que los licitadores no conocen el alcance de la misma, el reparto de los derechos y obligaciones, así como la responsabilidad sobre el producto en esa fase de ejecución del contrato.

En relación con las funciones del personal de almacén y la recepción y distribución de medicamentos, invito a leer la siguiente resolución judicial.

3. FUNCIONES DE LOS CELADORES EN CUANTO A RECEPCIÓN DE ARTÍCULOS EN EL ALMACÉN DE FARMACIA. SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1 DE GUADALAJARA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº 326.

La cuestión litigiosa versa sobre las funciones de los celadores en el Servicio de Farmacia, en concreto si este colectivo puede asumir las funciones de recepción, control, comprobación registro y salida de paquetería, colocación de los artículos recibidos en su lugar dentro del almacén de Farmacia y su control por producto, dosis y presentación, caducidad y preparación y tratamiento de datos para una aplicación informática.

En atención a la naturaleza de las funciones encomendadas no resulta preciso estar en posesión de conocimientos sanitarios, siendo únicamente imprescindible saber leer y escribir para recepcionar paquetes, apertura y comprobación de pedidos, determinar la coincidencia entre el pedido recibido y el pedido efectuado por el Servicio de Farmacia y colocación de los pedidos recepcionados en las estanterías, así como comunicar a los laboratorios proveedores los errores y traslado de los albaranes a los administrativos de farmacia.

Por todo ello considera que no se trata de una función propia de los auxiliares de enfermería y tampoco del controlador de suministros.

Respecto a las funciones de preparación y tratamiento de datos para la aplicación informática, hay que tener en cuenta que las simples operaciones informáticas que se exigen a los celadores no podemos comprenderlas en el ámbito de los auxiliares administrativos en atención a su complejidad

II. PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN HOSPITALES BAJO RÉGIMEN DE CONCESIÓN. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 31 DE JULIO DE 2014 Nº186/2014.

La empresa concesionaria del contrato de concesión de obra pública para la construcción explotación del Hospital del Henares, pretende que se declare el carácter contractual del modelo económico financiero de la concesión adaptado a la Orden 3362/2010, así como su derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero que se había visto alterado

como consecuencia de la necesidad de adaptar el plan económico financiero de la concesión del hospital a la citada orden. La orden en cuestión tiene por objeto adaptar el Plan General de contabilidad a la normativa internacional, concretamente a la unión Europea.

La Sala desestimada pretensión de la empresa recurrente por considerar que el plan económico financiero no es un documento contractual, no es el producto de un pacto de común acuerdo entre las partes, sino que viene motivado por una adaptación contable.

Por otra parte no puede dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico ya que no se encuentran previstas en la cláusula 20 del PCAP, sin que en el presente caso concurren supuestos de fuerza mayor, modificaciones contractuales imputables a la actuación administrativa o riesgo imprevisible. Por todo ello, y en virtud del principio de riesgo y ventura, es la empresa concesionaria la que debe que asumir las consecuencias económicas derivadas de la adaptación del plan económico financiero a la Orden 3362/2010.

III. ACUERDO 31/2015, DE 3 DE MARZO DE 2015 DEL TACP DE ARAGÓN POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL INTERPUESTO POR UNA TRABAJADORA FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN DENOMINADO “CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL NUEVO HOSPITAL DE ALCAÑIZ” PROMOVIDO POR EL SERVICIO ARAGONÉS DE SALUD.

La legitimación de la trabajadora debe quedar circunscrita a las consecuencias jurídico-laborales que se puedan derivar del nuevo régimen de gestión del hospital de Alcañiz, pero no así las relativas a la concepción o tipificación del contrato, ni las del cálculo de su valor estimado.

El órgano administrativo desestima el recurso en el que se afirma por la interesada que de ejecutarse el contrato, se verían afectados en sus derechos 31 trabajadores que estarían abocados a elegir entre pasar a la empresa concesionaria como personal laboral, o permanecer en el SALUD. El contrato de concesión de obra pública no altera las relaciones laborales previas de forma unilateral, y garantiza la relación jurídica estatutaria en las mismas condiciones para quienes no opten por la integración como personal de la empresa concesionaria.

COLEGIOS Y PROFESIONES SANITARIAS

1. SOCIEDADES PROFESIONALES. SAP DE GIRONA DE 6 DE FEBRERO DE 2014, Nº REC 560/2013

Se plantea la cuestión sobre si un centro de análisis clínico debe constituirse como sociedad profesional conforme a las exigencias previstas en la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales.

Conforme a dicha Ley, debería tratarse de una actividad profesional para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, o inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

Sin embargo la profesión de analista clínico no es una especialidad de la medicina, sino una especialidad de las ciencias de la salud a la que pueden acceder varios profesionales, sin que por tanto estemos ante una profesión con un colegio propio. Es cierto que para el desempeño de esta actividad profesional se requiere titulación profesional para cuyo ejercicio es necesario acreditar una titulación universitaria oficial, pero en cambio no es preciso la inscripción para su ejercicio en un Colegio Profesional.

Por todo lo anterior no se considera que este tipo de centros estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL FARMACÉUTICO A LA DISPENSACIÓN DE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS. STC 145/2015 DE 25 DE JUNIO.

La STC objeto de comentario analiza el controvertido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos a la dispensación de la conocida popularmente como “*píldora del día después*”, si bien, tal y como veremos más adelante, en realidad el conflicto no se plantea por su negativa a dispensar el medicamento, sino por incumplir el deber de almacenar en la oficina de farmacia de la que es cotitular un número mínimo de existencias de este fármaco.

En primer lugar, y antes de entrar a conocer el fondo de la STC, creo necesario para comprender el sentido de la Sentencia que el lector conozca cuáles son las posibles formas de actuación de este fármaco. Este medicamento puede actuar de tres modos distintos:

- a) Evita que la mujer llegue a ovular.
- b) Impide la fecundación en el caso que ya se hubiese producido la ovulación.
- c) Hace imposible la implantación en el útero de haberse producido aquélla.

En los dos primeros casos la píldora actuaría como un producto anticonceptivo, pero en el tercer caso, y desde un punto de vista científico, la solución no resulta tan fácil ya que habría que afrontar la cuestión del momento en el que surge la vida aún en fase embrionaria, ¿desde que se produce la fecundación, o por el contrario, cuando se inicia el embarazo propiamente dicho, y que, según la OMS, comienza con la implantación del cigoto en el útero?

En cualquier caso, no se trata de una cuestión menor, pues de prosperar la primera tesis la píldora presentaría propiedades abortivas (aborto en estado preimplantatorio), mientras que en el segundo supuesto no, y por ende, entiendo que no cabría oponer el derecho a la objeción de conciencia reconocido por nuestro TC.

Hay que añadir además que en el caso de la píldora del día después tanto la mujer como el farmacéutico desconocen por completo si se ha producido o no la fecundación, de modo que invocar el derecho a la objeción de conciencia cuando ni tan siquiera se conoce si se ha producido la fecundación del óvulo supondría reconocer una amplitud excesiva a dicho derecho, en la medida que se estaría exonerando al profesional del cumplimiento de un deber, no en base a la certeza de que con su actuación se consumaría el hecho que se trata de evitar, sino atendiendo tan solo a la eventualidad de que el mismo pudiera producirse. Por otra parte no debe olvidarse que la finalidad más problemática que plantea la píldora consiste en evitar la implantación del preembrión, y según nuestro legislador (como ya señalara la propia exposición de motivos de la Ley 35/88, de 22 de noviembre el momento de necesaria valoración biológica, no es la fecundación, sino la implantación en el útero, pues con anterioridad a él (fase en la que aún puede surtir efectos la píldora) “*el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre*”. Sin embargo, la cuestión no puede quedar zanjada en tanto en cuanto existe un amplio sector de la doctrina científica y del ámbito del derecho que se decantan por considerar que la vida humana nace desde el mismo instante en el que se produce la fecundación, careciendo de relevancia la distinción terminológica de “preembrión” y “embrión”.

En este contexto la reciente STC objeto de comentario se pronuncia sobre el recurso de amparo por vulneración del derecho a la objeción de conciencia, interpuesto por el cotitular de una oficina de farmacia que había sido sancionado por la Comunidad Autónoma de Andalucía por su negativa a disponer en su establecimiento de las existencias mínimas de la PDD debido a sus posibles efectos abortivos, así como de preservativos.

La STC enfoca la pretendida objeción de conciencia del farmacéutico como una variante de la objeción de conciencia sanitaria a la práctica del aborto, de modo que la fundamentación jurídica del fallo pivota en gran medida sobre la doctrina fijada en la STC 53/85 sobre su despenalización; no obstante la propia Sentencia objeto de análisis reconoce abiertamente *“la falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada píldora del día después”*. Así pues, el TC establece una equiparación entre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, y el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos a la dispensación de la PDD.

No obstante vuelvo a recordar que la sanción impuesta por la Consejería de Salud de Andalucía al farmacéutico demandante en amparo lo fue no por negarse a dispensar la citada píldora, sino por incumplir el deber de tener un mínimo de existencias de la PDD. Por ello quizá el pretendido derecho a la objeción de conciencia debería haber sido analizado no desde la perspectiva de la relación clínica farmacéutico-paciente (dispensación), sino desde la óptica de la relación con la Administración sanitaria (almacenamiento) lo que supondría cuestionarse hasta qué punto resultaría aplicable a este supuesto la doctrina recogida en la STC de 1985.

En apoyo de la pretensión del demandante, el TC destaca:

- a) La inexistencia de peligro alguno para el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el Ordenamiento Jurídico, pues *“La farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas”*
- b) El hecho de que estuviese inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Far-

macéuticos de Sevilla, junto al reconocimiento de este derecho tanto en los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, como en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica.

Peor fortuna corre la pretensión de extender el reconocimiento de este derecho a su negativa a disponer en su farmacia de preservativos, pues *“el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuncia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 de la CE”*.

El carácter polémico de la STC se desprende de los votos particulares, algunos especialmente duros, formulados por cuatro de los magistrados del Pleno: Dña. Adela Asua Batarrita, D. Fernando Valdés Dal-Ré, D. Juan Antonio Xiol Ríos, y D. Andrés Ollero Tassara. Paso a continuación a recoger de forma resumida los puntos más controvertidos de la STC y las principales críticas vertidas por los magistrados discrepantes:

1. Los efectos abortivos de la PDD. Equiparación entre la objeción de conciencia al aborto y la objeción de conciencia a la dispensación de la PDD.
2. La STC deja fuera de la protección del art. 16 de la CE el incumplimiento del farmacéutico de disponer de existencias de preservativos, cuando ambos -PDD y los preservativos- son métodos anticonceptivos.
3. El supuesto reconocimiento del derecho general a la objeción de conciencia.
4. El derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico a dispensar la PDD en el Ordenamiento Jurídico.
5. Validez jurídica del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico por los Estatutos colegiales.
6. La objeción de conciencia y el incumplimiento del deber de la oficina de farmacia a disponer de existencias mínimas de este medicamento.

7. Finalmente, la pobre labor de ponderación realizada entre el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la salud.

Más allá de la discusión sobre si la PDD es un medicamento abortivo o un medicamento anticonceptivo, en el fondo de la STC late el sempiterno debate en torno a la naturaleza y extensión del derecho a la objeción de conciencia, un debate que se resume en dos posiciones:

1. Si cabe hablar en nuestro Ordenamiento Jurídico, más allá de la objeción de conciencia al servicio militar reconocida en el art. 30-2 de la CE, de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia residenciado en la libertad ideológica y religiosa del art. 16 de la CE.
2. O si, por el contrario, únicamente cabe invocar la OC en los supuestos en que una Ley así lo haya reconocido expresamente (por ejemplo, el art. 19.2 de la LO 2/2010, de 3 de marzo).

El TC ha tomado partido a favor de la primera tesis aplicando en este caso la doctrina fijada por la STC 53/85 sin tener en cuenta los últimos pronunciamientos tanto del propio TC como del TS, ni la ausencia de reconocimiento expreso de este derecho tanto en la anterior Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento, como en el vigente RD-Legislativo. Todo ello, unido a la inexistencia en el caso concreto planteado de base alguna para invocar el derecho a la objeción de conciencia (recordemos que el farmacéutico es sancionado no por negarse a dispensar el medicamento a los usuarios, sino por incumplir el deber de almacenar en su establecimiento este medicamento), y a la pobre labor de ponderación realizada por el TC, ha propiciado que sean muchas y muy autorizadas las voces críticas que se han alzado en contra de esta resolución.

3. NEUROLOGÍA VERSUS NEUROFISIOLOGÍA. STS DE 25 DE ABRIL DE 2015 N° DE REC 2089/2013.

Es objeto de impugnación por la Sociedad Española de Neurología la sentencia de instancia que declara que anulable (no nulo de pleno derecho) la estimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por la Sociedad Española de Neurofisiología para que se reconociese el derecho en exclusiva a favor de este colectivo profesional para la realización en centros hospitalarios de pruebas neurofisiológicas.

Con posterioridad a que se hubiese producido la estimación por acto presunto de la solicitud de la Sociedad de Neurofisiología, la Consejería de Sanidad a raíz de la solicitud de inicio de procedimiento de revisión de oficio presentada por la Sociedad Española de Neurología, dictó una Orden por la que declaraba nula de pleno derecho dicha estimación. Sin embargo, el TSJ de Madrid consideró que lo procedente hubiera sido no incoar un procedimiento de revisión de oficio, sino efectuar una declaración de lesividad y proceder a la posterior anulación jurisdiccional del acto presunto.

Así pues la cuestión se reduce a determinar si el vicio de legalidad en el que incurrió la Administración es de nulidad o bien de anulabilidad. El TS considera aplicable para este caso el supuesto de nulidad previsto en el art. 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre pues:

1. La Comunidad de Madrid no tiene competencias para atribuir a los neurofisiólogos la realización con carácter de exclusividad, de pruebas neurofisiológicas. Estamos ante un competencia estatal (art. 21 de la LOPS).
2. En virtud del acto presunto combatido por la Administración, se otorgaron a los neurofisiólogos facultades para las que carecían de los requisitos esenciales.

Como recoge la sentencia, aun aceptando que los especialistas en neurofisiología tienen legalmente competencia para efectuar tales pruebas, *“ha de convenirse que el derecho declarado por el doble silencio administrativo otorgaba a estos profesionales algo más que la sola capacitación para realizar esas pruebas: les habilitaba para hacerlo en exclusividad”*, sin que exista norma alguna que excluya a los neurólogos para la ejecución de pruebas neurofisiológicas.

Por tanto el reconocimiento de esa facultad hubiera requerido una previa modificación de la profesión sanitaria por parte de la Administración del Estado (programa formativo, objetivos y competencias de ambas profesiones) sin la cual no sería posible adquirir la facultad de efectuar con exclusividad las pruebas neurológicas.

RESPONSABILIDAD SANITARIA

1. DAÑO MORAL Y CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA POR EL EXTRAVÍO DE PRUEBAS DIAGNÓSTICAS ECOGRÁFICAS. STSJ DE VALENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 2014, Nº 804.

Los reclamantes exigen la responsabilidad de la Administración por no haber detectado previamente las anomalías que presentaba su hijo, que sufre una microcefalia severa. Consta acreditado que se realizaron a la reclamante las correspondientes ecografías conforme a los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), y que los resultados fueran normales tal como así consta en la historia clínica.

Sin embargo, la Administración no aportó el soporte gráfico de las ecografías, y precisamente es este hecho, el que los actores no hayan podido disponer de la imagen gráfica de la ecografía es cuestión (lo que constituye una vulneración del derecho de información y custodia de la historia clínica), lo que impidió la posibilidad de cuestionar el contenido y alcance de lo que figura anotado en la historia médica. Por este motivo se condena a la Administración a indemnizar por el concepto de daño moral la cantidad de 5.000 €.

2. RESPONSABILIDAD Y TRATAMIENTO EXPERIMENTAL. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Nº 456/ 2014 DE 7 DE OCTUBRE.

Paciente diagnosticado de adenocarcinoma de páncreas que tras someterse a distintas pruebas en el hospital de referencia decide acudir a la Clínica Universitaria de Navarra para recabar una segunda opinión. En dicha clínica le propusieron someterse a un tratamiento experimental.

El paciente aceptó el ofrecimiento, si bien tuvo que abandonarlo a los pocos meses debido a su negativa evolución. Poco tiempo después fallece presuntamente a causa de la toxicidad del fármaco experimental que se le suministró. Los familiares exigen responsabilidad a la compañía aseguradora en aplicación de lo previsto en el apartado cuatro del artículo 8 del Real Decreto 223/2004. Dicho precepto establece una presunción legal "*iuris tantum*" por la que son consecuencia del ensayo aquellos daños que afecten

a la salud del paciente, y se manifiesten durante el tratamiento o bien durante el año siguiente desde su terminación.

El ensayo al que se había sometido el paciente fallecido era de los denominados "doble ciego", y formaba parte del grupo de pacientes a los que únicamente se les había suministrado placebo, de manera que realmente no recibió el medicamento experimental. En la Clínica Universitaria de Navarra sólo recibió tratamiento con quimioterapia, similar al que hubiese recibido si hubiesen permanecido en su hospital de referencia.

3. I.V.E. Y SÍNDROME DE MORRIS. STSJ CANTABRIA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SEC. 1ª, S 24-4-2015, Nº 163/2015, REC. 26/2015

La Sala confirma la SJC-A de Santander, de 14 de noviembre de 2014, nº 24, sobre el caso protagonizado por una mujer embarazada en edad de riesgo a la que se practicó la prueba de la amniocentesis. El resultado de dicha prueba mostraba que el sexo del feto era varón. En la ecografía de la semana 20 no se indicó nada sobre la apariencia de los genitales externos y el sexo. Posteriormente los progenitores acudieron a una clínica privada donde se detectó que los genitales externos eran de sexo femenino. Se repitió la amniocentesis en la semana 27 del embarazo, confirmando nuevamente el sexo varón del feto, si bien los genitales externos eran femeninos y carecía de útero. Se informó a la familia del riesgo del embarazo, y la madre solicitó la interrupción que fue denegada dado el avanzado estado de gestación en el que se encontraba en ese momento.

La menor nació con Síndrome de Morris, para el que no existe diagnóstico prenatal posible, dato éste que invoca la Administración Sanitaria, junto al hecho de que la simple sospecha de este síndrome no hubiese servido para justificar la interrupción del embarazo después de la semana 22 por no tratarse de una enfermedad incompatible con la vida, ni extremadamente grave, para justificar la legalidad de la actuación administrativa.

Queda acreditado que hubo una indebida interpretación de la ecografía de, debido a que la facultativo que llevó acabo la prueba diagnóstica se confió una vez había conocido el resultado de la amniocentesis, y en consecuencia, hubo una falta de información que privó a los padres de la posibilidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

El problema radica en que de haberse realizado una correcta lectura de la ecografía de la semana 20 sí cabría la posible aplicación de otros supuestos del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Así es, conforme al citado precepto legal sí habría sido posible la interrupción del embarazo antes de la semana 22 por considerar que existía grave riesgo para la vida o la salud la embarazada, o bien por la posible existencia de graves anomalías en el feto. En este caso, al existir riesgo de otras patologías, cabría la posibilidad de que se hubiese podido realizar la interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo que respecta a la indemnización, se analizan los tres tipos de daños posibles:

1. Daño moral por la privación a los progenitores de la posibilidad de optar por una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo legal.
2. Daño moral derivado, por una parte, del impacto psicológico de conocer el nacimiento de un hijo con gravísimas malformaciones inesperadas al haber recibido, previamente, un falso negativo por el médico responsable de la asistencia prenatal, y de otra por el padecimiento que supone la contemplación diaria de hijo discapacitado y la angustia por el futuro del mismo.
3. Daño patrimonial que lleva consigo el nacimiento y vida de un hijo discapacitado por los gastos que exige la atención a la minusvalía.

En este caso, teniendo en cuenta que no estamos ante el supuesto de nacimiento de un hijo discapacitado o con una grave minusvalía, -pues la persona afectada por el síndrome de Morris puedes llegar a realizar una vida normal-, y teniendo en cuenta, asimismo, que los tratamientos médicos indicados están cubiertos por el Sistema de Seguridad Social, no cabría la indemnización por el daño “de rebote” -doctrina francesa de pérdida de oportunidades- en la esfera moral y patrimonial; únicamente cabría indemnizar por la afectación al derecho a decidir libremente, del que fue privado la familia ya que de haberse actuado correctamente hubiera podido solicitar y ejercer el derecho a interrumpir el embarazo en un supuesto legal distinto, y en unas condiciones diferentes.

FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS

1. EL COPAGO EN LA DISPENSACIÓN AMBULATORIA DE MEDICAMENTOS POR PARTE DE LOS SERVICIOS DE FARMACIA HOSPITALARIA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID Nº 559/2014, DE 22 DE OCTUBRE DE 2015.

La cuestión central del recurso interpuesto por la CA de Castilla y León gira en torno a la naturaleza jurídica del acto recurrido, la Resolución del 10 de septiembre de 2013 de la Dirección General de la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario.

La parte recurrente cuestiona el insuficiente rango de la Resolución cuestionada ya que el artículo 94 bis. 1 de la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento no autoriza a la citada Dirección General para decidir sobre el establecimiento de aportaciones económicas de los pacientes.

La Sala considera que sí existe habilitación legal suficiente para dictar la Resolución objeto de impugnación, en concreto el artículo 94 bis apartado primero de la citada Ley 29/2006 en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 28/2012 de 30 de junio. En virtud de esta modificación se establece expresamente que se entiende por “*prestación farmacéutica ambulatoria*” la que se dispensa al paciente mediante receta médica o mediante orden de dispensación hospitalaria a través de oficinas o servicios de farmacia. Así pues la “*prestación farmacéutica ambulatoria*” comprende tanto la prescripción en receta médica de los medicamentos o productos sanitarios para su dispensación en la oficina de farmacia, como la prescripción por los médicos de los servicios hospitalarios de aquellos medicamentos que exijan una particular vigilancia, supervisión y control, y que deban ser dispensados por los servicios de farmacia hospitalaria a pacientes no ingresados.

Ambas modalidades de prestación farmacéutica ambulatoria quedaban sometidas por igual a aportación económica del usuario. En el caso en concreto de los medicamentos de orden de dispensación hospitalaria pasaron de estar exentos de aportación, a estar sujetos a aportación económica a partir del 1 de diciembre de 2012. La consecuencia es que era

necesario establecer específicamente que las condiciones de aportación económica para tales medicamentos era la reducida y no la general, y eso es lo que ha venido a reflejar la resolución recurrida. Es de decir, la modificación del tipo de financiación de exento de aportación a financiación sometida a aportación ya se había previsto legalmente a través del artículo 94 bis de la LGURM, y por tanto no cabe entender que la resolución ahora impugnada sea una norma que innova el ordenamiento jurídico sino que, por el contrario, su naturaleza se ajusta a la de un acto administrativo que concreta la financiación para los medicamentos contenidos en su anexo primero.

2. NULIDAD DE LA LEY 22/2007, DE 18 DE DICIEMBRE, DE FARMACIA DE ANDALUCÍA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 181/2014 DE 6 DE NOVIEMBRE.

La Sentencia se pronuncia sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados contra varios preceptos de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía. Dicho recurso se fundamenta en la supuesta vulneración de la legislación básica estatal contenida en la Ley General de Sanidad, en la Ley 16/1997 del derecho a la libertad de empresa, de la competencia en materia de legislación civil y mercantil, así como en la legislación estatal sobre medicamentos.

En primer término se cuestiona la regulación que efectúa la Ley autonómica del concurso para la adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia, y los criterios empleados a tal efecto en relación con los principios de mérito y la capacidad. Los recurrentes consideran que este modelo resulta contrario al recogido en la Ley estatal 16/1997 que habría configurado una autorización “real” y no “personal” de las oficinas de farmacia, lo que resultaría incompatible con que los concursos para la adjudicación de nuevas farmacias se resuelvan aplicando baremos más propios de las autorizaciones que tienen en cuenta las condiciones personales del solicitante.

El Tribunal considera que este tipo de regulación no resulta contraria a la legislación estatal, como tampoco lo son los criterios de baremación “*Pues tratándose de una actividad privada de incuestionable interés público, aún sin tratarse estrictamente de acceso a la función pública, resulta ineludible aplicar los principios de mérito y capacidad en el acceso al ejercicio de las funciones propias del servicio*

farmacéutico (...) Todo ello sin perjuicio de que los principios de mérito y capacidad resulten constitucionalmente exigibles como consecuencia del deber de la Administración pública, estatal y autonómica, de servir a los intereses generales con objetividad, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La misma conclusión se hace extensiva a la regulación que efectúa la citada Ley sobre las transmisiones de las oficinas de farmacia, pues la ley andaluza, a diferencia de otras leyes autonómicas como la Ley castellano-manchega, no contiene una prohibición absoluta de transmisibilidad de las oficinas de farmacia, sino que sólo limita la libre elección del adquirente, dejando en manos del propietario la fijación del resto de las condiciones y el precio.

Tampoco considera que se haya vulnerado el derecho a la libertad de empresa al que se refiere el artículo 103 de la Ley General de Sanidad, que “*se limitan a reconocer este derecho en el ámbito sanitario, a declarar que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios, y a reservar a los farmacéuticos propiedad de las oficinas de farmacia abiertas al público, sin que quepa deducir de ellos que el legislador ha configurado la libertad de empresa en el ámbito sanitario como un derecho ilimitado*”.

Distinta suerte corre la impugnación del artículo 13 de la Ley autonómica, por el que se regula la elaboración y dispensación en las oficinas de farmacia de fórmulas magistrales y preparados oficiales. La elaboración de medicamentos constituye una materia que afecta a la competencia estatal sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16), a diferencia de lo que sucede con la dispensación. Tal y como ya señalado el TC en ocasiones anteriores, la legislación sobre productos farmacéuticos se yuxtapone con la de los establecimientos.

farmacéuticos, de modo que en la dispensación es discernible una doble vertiente: por una parte la que tiene que ver con el medicamento mismo; y por otra, la que tiene que ver con la función de la farmacia al dispensar. Cada uno de dichos aspectos o vertientes es susceptible de una regulación diferenciada, respectivamente encuadrable en títulos competenciales asimismo diferentes.

En el presente caso el TC declara inconstitucional los apartados cuatro, cinco y seis del artículo 13 por entrar a regular la elaboración de los medicamentos, en concreto las fórmulas magistrales y productos

oficiales. Así por ejemplo, la previsión legal según la cual es el titular quién debe asumir la elaboración o dirección de la preparación de fórmulas magistrales/preparados oficiales que se realicen su farmacia, incide directamente en la competencia estatal para la ordenación de los productos farmacéuticos.

Asimismo se declara la inconstitucionalidad del inciso del artículo 40.1 de la Ley andaluza, que establece que *“Si la inhabilitación profesional por suspensión definitiva de funciones se hubiera producido en el ejercicio profesional en la oficina de farmacia, las autorizaciones caducarán aunque existan otros titulares”*. La disponibilidad para prestar este tipo de función por parte de todos los titulares de la oficina de farmacia no es un requisito necesario para el correcto funcionamiento del establecimiento y la adecuada prestación de este servicio público, por lo que en este caso la medida consistente en revocar la autorización no lo sería por pérdida sobrevenida de las condiciones y requisitos necesarios para ejercer la actividad autorizada, sino que más bien se configuraría como una sanción accesoria.

INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

I. REVELACIÓN DE DATOS SANITARIOS EN PROCESO DE DIVORCIO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SEC. 4ª, S 20-5-2013, Nº 341/2013, REC. 130/2013

La sección cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia ha revocado la condena por un delito de revelación de secretos a una mujer, psicóloga de profesión, que emitió un informe pericial sobre un menor en un proceso de divorcio, solicitado solo por parte de la madre.

La Sala estima el recurso interpuesto por el abogado la psicóloga contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia, que le condenaba a un año de prisión por un delito de descubrimiento y otro de revelación de secretos profesionales.

La mujer mantuvo diferentes entrevistas en los años 2006 y 2007 con un menor y sus progenitores tras la derivación que le efectuó el centro del niño, después de que la psicopedagoga escolar apreciara un problema. Seguidamente, la psicóloga dejó de mantener contacto con el padre y el menor, y se quedó con la esposa como paciente. Ésta le pidió que elaborase

un informe para aportarlo al juzgado, donde se estaba tramitando su proceso de divorcio. Dicho informe, que fue aportado al juicio, fue impugnado por el padre que alegó quebrantamiento del secreto profesional. Esta impugnación no fue admitida por el juez.

Tras estos hechos, el padre presentó una denuncia al considerar que la psicóloga había revelado información que obtuvo con motivo de su relación profesional previa con ambos progenitores, y el juez condenó a la psicóloga.

La AP considera que:

1. Si bien es cierto que el artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad establece el derecho de los ciudadanos a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y estancia en instituciones sanitarias, la Sala no aprecia que la actuación de la acusada suponga incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, ni divulgación de secretos.
2. Los datos que contempla este informe son relevantes por afectar a un menor, y agrega que su aportación al juicio civil no constituye violación alguna del derecho fundamental a la intimidad que le asiste al progenitor, *“pues lo contrario daría lugar al absurdo jurídico de no permitir la aportación a juicio de informes periciales, legítimamente emitidos, que pudieran ser determinantes o decisivos al objeto del procedimiento, como es el caso”*.
3. No se trata de difundir derechos básicos de la esfera íntima del ser humano en el ámbito de su personalísima intimidad, sino de una actividad legítima desarrollada reservadamente en el ámbito del proceso civil, *“al no tratarse de un acceso indebido a la fuente de los datos sin estar autorizado”*.
4. No hay que olvidar que, cuando se trata de preservar derechos constitucionales en los que entra el juego el interés superior de un menor de edad, *“deben ceder a favor del mismo en estricta aplicación del artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, sobre todo cuando está en juego la guarda y custodia del mismo”*.

**II. ACCESO AL CONTENIDO DE LA
HISTORIA CLÍNICA POR PARTE DE
LA LETRADA DEL SERVICIO DE SALUD
EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES.
AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN
Nº 1 DE GRANADA DE 23 DE
SEPTIEMBRE DE 2013**

La denunciante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su hija poco tiempo después de su nacimiento, y afirma que la letrada del Servicio de Salud accedió de forma sorpresiva y sin su consentimiento a datos reservados recogidos en su historia clínica que según ella no tenía nada que ver con los hechos que era objeto de enjuiciamiento.

El auto del juzgado de instrucción afirma que la letra de la Administración sanitaria está plenamente legitimada para acceder a la información o datos contenidos en el historial clínico de la denunciante en función de la normativa vigente sobre asistencia jurídica del personal de dicha Administración.

RECURSOS HUMANOS

LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS BAJO OTRO RÉGIMEN JURÍDICO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. STC 215/2013, DE 19 DE DICIEMBRE.

El Estado considera que el art 12 de la Ley 3/2008 es inconstitucional por no respetar el art. 65 de la Ley 55/2003, en concreto por que dicho precepto autonómico, en contra de lo que dice la norma estatal, permite al personal estatutario fijo que pase a prestar servicios en instituciones sanitarias creadas al amparo de las nuevas fórmulas de gestión, que se reincorpore en cualquier momento (no solo durante los tres primeros años), pero sin garantizar más que una plaza en la misma categoría, no en la misma área de salud.

Para el TC no hay contradicción alguna entre ambas normas, sino el uso por parte de la Comunidad de Madrid de las competencias de desarrollo de la normativa básica estatal establecida en el art. 65 del Estatuto Marco.

Respecto a que se compute el tiempo de permanencia en esta situación administrativa de “servicios bajo otro régimen jurídico”, no solo a efectos de

antigüedad como dice la norma estatal, sino también de “*carrera profesional*”, también se aplica por el TC el mismo argumento. Lo que hace la CA de Madrid es desarrollar la normativa básica estatal con el fin de ampliar y mejorar las condiciones de aquéllos que accedan a esta situación administrativa. Por otra parte la inclusión de esta mejora no supone un trato diferente susceptible de lesionar el principio de igualdad ya que el precepto impugnado se limita a reconocer a favor del personal estatutario que los servicios prestados bajo otro régimen jurídico se computarán a efectos de carrera profesional, sin tomar en consideración si los servicios prestados bajo otro régimen jurídico lo fueron en la Comunidad de Madrid o en otra Comunidad Autónoma.

PROCESO SELECTIVO EN OTRO SERVICIO DE SALUD PARA LA MISMA CATEGORÍA EN LA QUE YA SE OSTENTA LA CONDICIÓN DE PERSONAL ESTATUTARIO FIJO. STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2013, Nº REC 3114/2012

Empleada pública del SNS a quién se excluye de participar en el proceso selectivo convocado por el Servicio de Salud de Castilla y León para la categoría de matrona, por ostentar ya la condición de personal estatutario fijo en esa misma categoría.

La Sentencia recurrida en casación afirma correctamente que “en buena lógica jurídica no parece que deba permitirse presentar al proceso selectivo a quién ya ostente esa condición por haber accedido a la misma con anterioridad”, y añade que para que esa exclusión pueda operar es preciso que exista absoluta identidad entre la condición que ostenta el aspirante excluido y el Cuerpo, Escala, Categoría profesional o Especialidad a que se refiere la concreta convocatoria en que se quiere participar, identidad que también ha de alcanzar al concreto servicio autonómico de salud.

Esta última exigencia es la que motiva la interposición por parte de la Comunidad Autónoma de recurso de casación, pues si la condición de personal estatutario fijo es la condición excluyente de la posible participación en un concurso, el principio de igualdad se ve vulnerado si, entre quienes teniendo la misma condición excluyente, se introduce una diferenciación en razón del servicio autonómico donde se prestan los servicios.

REINTEGRO DE GASTOS

MUTUALIDAD DE LA ABOGACÍA Y REEMBOLSO DE GASTOS. STSJ DE MURCIA DE 24 DE MARZO DE 2014, Nº 241/2014.

Accidente sufrido por un abogado en ejercicio con su motocicleta por el mal estado del pavimento, y por el que precisa asistencia sanitaria. Se le deniega por el Ayuntamiento el pago de los gastos médicos ya que el accidentado sí que pudo acudir a la medicina pública en lugar de ir a la privada.

La Sala entiende que los gastos ocasionados sí son indemnizables ya que el accidentado, abogado en ejercicio, dado de alta en el Colegio de Abogados y perteneciente a la Mutualidad de la Abogacía, no tenía acceso a la sanidad pública durante el período que fue tratado médicamente de sus lesiones, y en segundo lugar, incluso en el supuesto en que hubiera tenido acceso a la sanidad pública, dice:

“el sometimiento a los servicios sanitarios públicos no puede considerarse una carga para el beneficiario de la Seguridad Social, pues aún en este caso debe reconocerse a los lesionados la posibilidad de optar entre la medicina pública y la privada, si por razón de domicilio o cualquiera otras, les parece ésta última más conveniente a sus intereses”.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

BIOÉTICA

1. DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DE LA ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL SOBRE LA CONTENCIÓN MECÁNICA DE PACIENTES. MARZO DE 2015.

La Comisión Central de Deontología de la OMC analiza en este documento la problemática que plantea la utilización de medidas de contención mecánica en pacientes, tanto desde un punto de vista ético como legal. Precisamente por este motivo la Declaración propone someter la decisión de utilizar estas medidas excepcionales a un triple juicio: juicio clínico, juicio ético-deontológico, y un juicio médico-legal.

Los espacios asistenciales especialmente indicados para el uso de este tipo de sujeciones son las unidades

de cuidados asistenciales, unidades psiquiátricas, geriátricas, así como las de pacientes vulnerables como los centros de menores, y los servicios de urgencia y ámbito domiciliario.

En cuanto a las situaciones en las que puede resultar aconsejable su indicación, la Declaración contempla las siguientes:

- a) Cuidados postquirúrgicos, cuando impliquen riesgo de arrancarse una vía o tirarse de la cama.
- b) Comportamientos agitados con movimientos irreflexivos que no puedan ser controlados por procedimientos farmacológicos.
- c) Situaciones de riesgo de caídas de la cama, camilla o silla de ruedas.

Este tipo de medidas deben ser pautadas por el personal médico, si bien quien las aplica habitualmente es el personal de enfermería, por lo que aconseja que estos profesionales sanitarios estén debidamente entrenados para ello y conozcan los riesgos y beneficios que comporta.

En todo caso, este tipo de medidas no se utilizarán para favorecer el descanso del personal o por motivos relacionados con la escasez de personal cuidador.

DERECHO SANITARIO

RESUMEN CRÍTICO DE LOS DOCUMENTOS “ACTUALIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA SOBRE ASISTENCIA MÉDICA AL MENOR MADURO EN SITUACIONES SOBRE RECHAZO AL TRATAMIENTO” DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS, Y DEL DOCUMENTO “LA ASISTENCIA SANITARIA A MENORES. PAUTAS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS” DEL DEPARTAMENTO DE SALUD DEL GOBIERNO DE NAVARRA.

PRIMERO.- El documento sobre actualización de la declaración sobre asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento, de mayo de 2016, ha sido elaborado por la organización colegial teniendo en cuenta, teóricamente, las importantes modificaciones introducidas en el mes de julio de 2015.

La OMC parte de la premisa de calificar como menor maduro a todo aquél paciente menor de 18 años, que además tiene capacidad intelectual y volitiva suficiente para implicarse en la toma de decisiones referentes a su persona. A partir de esta consideración, el documento estratifica los distintos supuestos de toma de decisiones por parte del paciente menor de edad distinguiendo entre:

1. Pacientes menores de 12 años. No pueden tomar decisiones por sí mismos sin perjuicio de que se les deba facilitar la información en términos comprensibles.
2. Pacientes con edad comprendida entre 12 y 16 años con (tradicionalmente este tramo de edad estaba reservado en puridad a la figura del “menor maduro”). Podrá tomar decisiones por sí mismo atendiendo siempre a su grado de madurez (que debe ser objeto de valoración) y tan solo respecto de actos médicos de bajo riesgo y habituales.

Si se trata de patologías para cuyo tratamiento se aprecie un riesgo significativo importante, la OMC no termina de rematar. Dice (apartado 2.a.2) que “se debe consultar también a los representantes legales y solicitar el oportuno consentimiento”. Quién presta el consentimiento, ¿ambos, paciente y representantes legales? El empleo del adverbio “también” resulta algo desconcertante, aunque habrá que entender como establece el art. 9.4 de la Ley 41/2002, que el consentimiento solo corresponderá a los padres/representantes legales.

3. Pacientes entre 16 y 18 años. Establece el informe que, como regla general, no cabe otorgar consentimiento por representación, salvo que:
 - a) Se encuentren incapacitados judicialmente
 - b) No sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.
 - c) No se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

En mi opinión no se aprecian grandes diferencias entre los dos supuestos anteriores, pues un paciente con 14 años y madurez suficiente estará sometido en cuanto al proceso de toma de decisiones, a los mismos límites que otro paciente con 17 años

y capacidad intelectual/emocional: que no estemos ante “una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor”, en cuyo caso quién decidirá será el representante legal.

SEGUNDO.- Por último el documento objeto de análisis reproduce una serie de supuestos conflictivos, todos ellos con un mismo patrón, distinguiendo según si el paciente es menor de 16 años o con edad comprendida entre 16 y 18 años. Ahora bien, alguno de estos supuestos son de una legalidad más que dudosa, en particular cuando se refiere al paciente menor maduro que presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen (epígrafe 2.a.5). En tal caso el documento objeto de comentario, siguiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado manifestado en la Circular 1/2012, señala que ante esta discrepancia con los representantes legales debe prevalecer la capacidad de autodeterminación del menor maduro.

No estoy de acuerdo, esta opción sería legítima antes de que se hubiese llevase a cabo la última reforma de la Ley 41/2002. Según la redacción actual del art. 9 de la Ley 41/2002, ante situaciones que comporten “grave riesgo para la salud y/o la vida del menor”, sencillamente el paciente menor de edad NO decide, el consentimiento lo debe prestar el representante legal, única decisión con eficacia jurídica. Y si la decisión del representante legal resultase contraria al interés del menor, la alternativa no es que se deba respetar la decisión de éste último sino que deberá actuarse conforme al art. 9.6 de la Ley, que dispone “*deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.*”

TERCERO.- Del mismo modo resulta cuestionable el nuevo modelo de consentimiento conjunto paciente menor/representante legal cuando se trate de intervenciones de cirugía estética y medicina voluntaria o satisfactiva. Para tales supuestos, la OMC exige dos consentimientos, el consentimiento del paciente menor maduro, y además, el consentimiento de los padres/representantes legales, pese al silencio que guarda al respecto el legislador.

Pero es el documento aprobado por el Departamento de Salud de la Comunidad Foral de Navarra el que quizá esté más alejado del marco normativo actual. Se trata de un documento muy esquemático sin fechar, si bien hay que colegir que su elaboración es posterior a las modificaciones de julio de 2015 realizadas tanto en la Ley de Autonomía del Paciente como en la LO 1/1996, de 15 de enero si tenemos en cuenta que en el apartado de “supuestos especiales” de este mismo documento, se cita el RD 1090/2015, de 4 de diciembre, de fecha posterior.

En este documento se dice respecto de situaciones extraordinarias con grave riesgo para el paciente, que si el menor estuviese en contra de la intervención y los padres a favor se debe respetar la decisión del menor maduro. Y a la inversa, si son los representantes legales/padres los que están en contra de la intervención mientras que el paciente menor maduro se mostrase favorable a la intervención, debe igualmente respetarse su decisión. Evidentemente este esquema lógico podría aceptarse antes de la última modificación legislativa, pero desde luego no en el momento actual.

Del mismo modo resulta igualmente criticable el esquema diseñado para la toma de decisiones en situaciones de urgencia vital. El documento incorpora una serie de supuestos que no resultan admisibles en Derecho en el momento actual. En situaciones de urgencia vital, y aunque sea una obviedad, estamos ante un riesgo que ya es grave para la salud/vida del paciente, y por tanto, por definición, quién deberá decidir -siempre que las circunstancias lo permitan- serán los padres/representantes legales (no el menor), y si la decisión de los representantes fuese contraria a la intervención, poniendo con ello en peligro los intereses del paciente menor maduro que se mostrase favorable a la intervención, el conflicto no se deberá resolver dando preferencia al criterio del menor tal y como indica el documento navarro, sino de un modo bien distinto; como establece el art. 9 de la Ley 41/2002, en estas situaciones habrá que judicializar el caso salvo que la propia urgencia haga imposible obtener la autorización judicial, en cuyo caso será el facultativo el que adoptará las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

