

# 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**

### **I.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 11 DE FEBRERO DE 2013, 167/2013. SALUD BUCODENTAL Y DEFICIENCIA PSÍQUICA.**

El artículo 9 del Decreto 34/2006, de 28 de marzo, por el que se modifica el Decreto 273/2004, de 9 de noviembre, sobre la prestación de atención dental a la población de Castilla-La Mancha con edades comprendidas entre 6 y 15 años, establece que tendrán derecho a la prestación de ortodoncia, así como a las demás prestaciones previstas en la citada disposición reglamentaria, sin límite de edad, quienes padezcan una discapacidad física o psíquica que incida directamente en la extensión, gravedad o dificultad de su patología, con independencia de cuál sea su

La cuestión que se plantea es si una paciente menor de edad que tiene reconocido un grado de minusvalía consistente en monoclusión CII de Angle, con mordida cruzada bilateral que incide directamente en la función respiratoria, cumple con los requisitos para disfrutar de la prestación bucodental.

La Sala confirma el criterio del juzgador de instancia, y considera subsumible el supuesto de la menor en el artículo 9.b) del Decreto partiendo para ello de una doble premisa:

- a) La minusvalía psíquica que presenta la paciente.
- b) La patología bucal diagnosticada.

Por lo que “*se colige la necesaria incidencia que en ella producirá la aludida minusvalía, tanto en lo relativo a la extensión como en su gravedad y en la dificultad derivable de la misma*”.

### **II.- STSJ DE GALICIA (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN, 1ª) NÚM. 3426/2013 DE 27 JUNIO. ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN EXTRANJERO POR UNA DOLENCIA RELACIONADA CON UNA PATOLOGÍA PREVIA.**

El supuesto de hecho planteado en la litis es el siguiente: el demandante fue diagnosticado y tratado por el Servicio Gallego de Salud de una enfermedad intersticial pulmonar, cardiopatía isquémica, infarto agudo, diabetes tipo II. En noviembre de 2009 viajó a Panamá y en abril ingresa en un Hospital con fiebre y disnea de varios días de evolución con saturación de oxígeno de 90%, siendo ingresado en cuidados intensivos con hipoxemia severa. Como consecuencia de ello tuvo unos gastos por hospitalización, farmacia, análisis y honorarios médicos de 14.140,44€. A su regreso a España, en junio de dos mil diez, solicitó el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados que le fueron denegados.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda y condenó al Sergas a abonar al actor la cantidad reclamada por el reintegro de gastos por asistencia médica. Recurrida en suplicación, el TSJ confirma la sentencia de instancia considerando que en el supuesto planteado existe una necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente y de carácter vital en los términos exigidos en el artículo 4.3 del RD 1030/2006 de 15 de septiembre e interpretados por la jurisprudencia, citando a estos efectos la STS de 17 de julio de 2007, sin que sea un obstáculo para reconocer el derecho reclamado el hecho de que el beneficiario hubiera sido previamente diagnosticado y tratado en Orense de problemas respiratorios y cardíacos, ya que no existía informe médico que constataste la incompatibilidad de las dolencias con los viajes en avión ni que se le prohibiera viajar.

Entiende el TSJ que en el caso planteado no se puede hablar de una utilización desviada o abusiva del derecho al apreciarse un agravamiento súbito de unas lesiones que estaban estabilizadas, y no acepta las argumentaciones del Servicio Público de Salud de que el demandante fue imprudente por viajar a Panamá vista su patología, o que pudiera haber regresado a España con tiempo para ser tratado, y ello porque como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 abril 2000 *“en los casos de urgencia vital es indiferente que la asistencia urgente se haya necesitado y producido en España o en el extranjero, pues es dable entender que la asistencia sanitaria está garantizada a todos los afiliados a la Seguridad Social cualquiera que sea el lugar donde se encuentren cuando se trate de supuestos que exijan una atención inmediata por existir peligro para la vida o la integridad física del beneficiario de conformidad con el entonces aplicable art. 18 del Decreto 2766/1967.”*

### **III.- STSJ DE ASTURIAS, SALA DE LO SOCIAL, DE 26 DE MARZO DE 2013, Nº 961/2013. NO SE PUEDE EXCLUIR DEL TRATAMIENTO DE FERTILIDAD A MUJER SIN VARÓN.**

Mujer con diagnóstico de esterilidad primaria en paciente sin pareja, a la que se le deniega por el Servicio de Salud del Principado de Asturias las técnicas de reproducción humana asistida porque en las pruebas a las que se sometió no se apreció esterilidad femenina, tan solo la esterilidad primaria (ausencia del factor masculino).

La Sentencia interpreta el apartado 5.3.8 del Anexo III del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, conforme al principio constitucional de igualdad de trato y no discriminación por razón del sexo, de modo que *“no se puede excluir la que en términos médicos se denomina como esterilidad primaria, ya que de lo contrario se estaría obligando a una persona de orientación homosexual a tener relaciones heterosexuales para alcanzar la procreación”*.

Por ello se declara el derecho de la demandante al acceso a este tipo de técnicas, así como el derecho a ser reintegrada de los gastos ocasionados por tener que acudir a la sanidad privada. Conviene precisar que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en su reunión mantenida el día 23 de julio de 2013, optó por excluir de este tipo de tratamientos de fertilidad a las parejas del mismo sexo y a las mujeres solas sin varón, decisión que ha cristalizado en la reciente Orden de 31 de octubre de 2014.

### **IV.- STS DE 21 DE FEBRERO DE 2012. CIRUGÍA ESTÉTICA E INCAPACIDAD TEMPORAL.**

Una mujer trabajadora se somete a una cirugía mamaria por motivos exclusivamente estéticos. Como consencuencia de dicha intervención no pudo acudir a su trabajo durante todo el período de recuperación, por lo que solicita el reconocimiento del derecho a la prestación económica por IT que su Mutua le deniega por tratarse de una intervención que no guarda relación alguna ni con un accidente de trabajo, enfermedad, o malformación genética.

La respuesta del TS es contundente: la cirugía puramente estética, asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación genética, no solo se encuentra excluida del sistema de la sanidad pública, sin recibir por tanto atención sanitaria de la Seguridad Social, sino que en principio tampoco genera el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo.

Nuestro Alto Tribunal tan solo contempla el posible reconocimiento de este derecho para situaciones especiales debidas a complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención, o en los casos de una operación de estética de especial importancia en relación con la profesión del trabajador afectado.

## **CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **I.- RESOLUCIÓN 160/2012, DE 30 DE JULIO DEL TARC. IRREGULARIDAD NO INVALIDANTE POR FALTA DE PUBLICACIÓN EN DIARIO OFICIAL DE UNA MODIFICACIÓN EN EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES.**

El Instituto de Salud Carlos III publica el anuncio de licitación del contrato de *“servicio para la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores del Instituto de Salud Carlos III”*. El anuncio se publica en el BOE y en el perfil del contratante con fecha 17 de mayo, si bien el día 18 de mayo el citado Organismo publica solo en el perfil del contratante un segundo anuncio del mismo expediente para modificar la fecha límite de presentación de solicitudes.

El TARC no considera que la no publicación de un nuevo anuncio en el BOE sea motivo para declarar

nula la licitación impugnada, ya que de las diferentes causas de nulidad de pleno derecho que prevé el artículo 62 de la Ley 30/1992, la única que podría ser aplicable es la prevista en su letra e) (prescindir del procedimiento establecido), lo que no ha sucedido ya que el procedimiento sí ha sido objeto de publicidad suficiente.

## **II.- SENTENCIA DEL TJUE DE 29 DE ENERO DE 2013. ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN DEL LICITADOR ADJUDICATARIO.**

El TJUE confirma la legalidad de la decisión adoptada por el poder adjudicador de limitar el acceso por parte de un licitador a la oferta del licitador seleccionado y de los demás licitadores por motivos comerciales. Esta restricción es inherente al objetivo de las normas de la Unión Europea en materia de contratos públicos de garantizar una competencia no falseada. Para alcanzar ese objetivo es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso, o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

## **III.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE 18 DE ABRIL DE 2013, RESOLUCIÓN NÚM. 152/2013.**

Según el TARC, las premisas básicas en materia de acreditación de solvencia son:

- 1.- Los pliegos son ley del contrato y presentar la proposición implica su aceptación incondicional. Si el recurrente no impugnó los pliegos, la solvencia deberá acreditarse según los medios exigidos en los pliegos.
- 2.- Corresponde al órgano de contratación fijar los concretos medios para acreditar la solvencia, con la única limitación de que sean razonables y adecuados.
- 3.- La posibilidad de subsanación se limita a los defectos y omisiones de la documentación presentada para acreditar la solvencia, pero no al cumplimiento del requisito de la solvencia, que ya debe existir con anterioridad a la fecha en la que finaliza la presentación de proposiciones.

Por tanto, no se puede subsanar la existencia del requisito, sólo la insuficiente acreditación del mismo por defectos u omisiones en la documentación.

- 4.- Justificación de la solvencia con medios de terceros.

El artículo 63 del TRLCSP permite que el licitador pueda acreditar su solvencia basándose en la solvencia y medios de un tercero, con independencia de cual sea el vínculo que mantenga con éste, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de los medios del tercero.

Según el TACRC, es imprescindible que exista una prueba concreta e indubitada de que el licitador dispondrá efectivamente de los medios del tercero para la ejecución del contrato, lo que significa que no son aceptables los compromisos genéricos del tercero sino que debe ser un compromiso claro e incontrovertido, asumiendo concretas obligaciones, y además referido de manera específica al contrato que es objeto de la licitación.

## **PROFESIONES SANITARIAS**

### **I.- STS DE 18 DE MAYO DE 2012, REC 4508/2010. TITULACIÓN Y CIERRE CLÍNICA SANITARIA PRIVADA.**

La inspección sanitaria de la Comunidad de Madrid, detecta que una clínica privada tiene al frente de su unidad asistencial de cirugía estética a un médico que no está en posesión de la titulación de especialista en cirugía plástica, estética y reparadora, por lo que se efectúa un requerimiento formal a la dirección de la clínica para que notifique al facultativo que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar actividad quirúrgica en dicha unidad asistencial.

Se plantea si la inspección ha obrado correctamente al no haber otorgado al facultativo afectado trámite de audiencia o período alegatorio. Ninguna de las normas que regulan la actividad de la inspección sanitaria ampara que se deba realizar audiencia, notificación, apertura de alegaciones a favor del facultativo ya que la labor de inspección y control se ejerce con respecto a la actividad y funcionamiento del centro, que es el que tiene que organizar conforme a la legalidad vigente la actividad sanitaria del establecimiento.

La Sala se abstiene de entrar a valorar si un licenciado en medicina y cirugía puede realizar unos actos médicos o no, a pesar de no tener la especialidad mediante la superación de la formación en la misma, afirmando que *“no podemos adentrarnos en el laberinto de lo que constituye las competencias propias del ejercicio profesional de las diferentes especialidades médicas”*.

## **II.- STS DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2012, Nº REC 617/2011. COMPETENCIAS DE LOS PROTÉSICOS DENTALES.**

Es objeto de impugnación por la Asociación Nacional de Protésicos Dentales Autónomos el RD 887/2011, por no incluir entre las funciones de la profesión sanitaria titulada de protésico dental los actos de *“toma de medidas”* y *“colocación de las prótesis dentales”*. Como viene siendo habitual en este tipo de controversias, la parte recurrente confunde la finalidad propia del reglamento impugnado- establecimiento de las habilidades y aptitudes necesarias que se adquieren en el proceso de formación – por entender de forma errónea que con la aprobación de la disposición normativa impugnada, se persiguen otro tipo de fines- regulación del ejercicio de la profesión en los términos previstos en el art. 36 de la CE, y las facultades o actividades que quedan reservadas a uno u otro profesional-

Por lo que respecta a si las atribuciones profesionales discutidas forman parte o no del núcleo de competencias de los protésicos dentales, el examen de la legislación sanitaria permite desestimar las alegaciones de la Asociación, ya que el RD 1594/1994, dictado en desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 10/1986, deja claro que lo que la parte actora denomina *“toma de medidas protésicas”*, son tomadas por el odontólogo, el estomatólogo o el cirujano máximo- facial, y lo mismo respecto del acto de la colocación, al señalar la citada disposición reglamentaria que son los facultativos los que tienen que realizar este tipo de operaciones.

## **III.- STS DE 17 DE ABRIL DE 2013. LA PRESCRIPCIÓN ENFERMERA**

El Consejo General del Colegio Oficial de Médicos, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre sobre

receta médica y órdenes de dispensación interesando la nulidad del Decreto impugnado en su totalidad

Aduce que ni la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, 44/2003, de 21 de noviembre (LOPS) ni la Ley de Garantías y Uso Racional del Medicamento (LGURM) habilitan ni permiten que los enfermeros diagnostiquen y prescriban.

A tale efecto, traen a colación la redacción actual del art. 77 de la LGURM, y sostienen que el Decreto combatido contraviene la citada disposición legal pues, bajo el subterfugio de expresiones como *“indicar”*, *“ordenar”* o *“autorizar”* *“la utilización de los medicamentos”* y los *“productos sanitarios”*, está permitiendo a los Enfermeros, en contra de la LGURM y de la LOPS, que prescriban, cuando resulta que la acción de prescribir, no sólo forma parte del contenido esencial de la profesión del médico (y del odontólogo, respecto de las enfermedades bucales y del Podólogo en relación al tratamiento de los pies), sino que la propia Ley ya la ha reservado a dichos profesionales.

Sin embargo, el TS deja bien claro que el RD impugnado no es el concernido por el apartado tercero del art. 77.1 de la LGURM, que establece:

*“El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de los principios de la atención integral de salud y para la continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud”*

El RD impugnado desarrolla los apartados primero -receta médica y orden de dispensación hospitalaria- y segundo -orden de dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica y productos sanitarios-. Es decir aún se desconocen tanto el listado de medicamentos concernidos como las condiciones que enfermeros (y obviamente enfermeras) deberán cumplir para poder indicar y autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

Pero en todo caso, la Sala recuerda que la prescripción por el médico de medicamentos sujetos a receta médica no se ve alterada. La novedad introducida en el apartado tercero del art. 77.1 de la LGURM

radica en que el enfermero podrá indicar el uso de medicamentos sujetos a prescripción médica, es decir tras haber sido recetados por el médico, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial validados por la Agencia de Calidad del SNS. Sin embargo dicha previsión legal se encuentra aún pendiente de desarrollo.

La Sentencia incorpora un voto particular por entender que los artículos 1.c) y 4.3 del Real Decreto impugnado donde el Gobierno ha venido a autorizar a los enfermeros la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, a pesar de que, aparentemente, contempla exclusivamente la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica a que se refiere el párrafo segundo del artículo 77.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio.

El magistrado discrepante considera que on los artículos 1.c) y 4.3 del Real Decreto impugnado en este proceso donde el Gobierno ha venido a autorizar a los enfermeros la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica, a pesar de que, aparentemente, contempla exclusivamente la dispensación de medicamentos no sujetos a prescripción médica a que se refiere el párrafo segundo del artículo 77.1 de la LGURM.

El voto particular pone de manifiesto que la situación actual compromete gravemente el principio de seguridad jurídica, por cuanto del contenido de los cuatro párrafos del artículo 77.1 y de la Disposición Adicional Duodécima de la LGURM redactados por la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, dejan la incertidumbre de si los enfermeros están facultados para autorizar la dispensación de medicamentos sujetos a prescripción médica.

Por otra parte La Exposición de Motivos de la Ley 28/2009 menciona el artículo 7.2.a) de la LOPS para justificar la intervención de los enfermeros en esa prescripción de medicamentos, pero esta norma sólo atribuye a los enfermeros la dirección, evaluación y prestación de cuidados de enfermería y la prevención de enfermedades o discapacidades. Dicho precepto legal no les confiere la realización del acto médico por excelencia de definir la enfermedad o patología mental ( diagnóstico) y determinar el tratamiento a seguir.

Así pues, el art. 77 y la D.A. Duodécima de la LGURM, al encomendar a través de la regulación del Gobierno atribuciones a los enfermeros que carecen de la correspondiente equivalencia en la determinación

legal de sus funciones profesionales, se estaría infringiendo el artículo 36.1 de la Constitución. Es decir, no se estaría respetando la reserva de ley en materia de profesión titulada para los DUE.

#### **IV.- STC 3/2013, BOE 37/2013, DE 12 DE FEBRERO DE 2013, REC. 1893/2002. LA COLEGIACIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EMPLEADOS PÚBLICOS.**

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

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

El propio Tribunal Constitucional había confirmado la legalidad de la excepción a la colegiación obligatoria de los funcionarios poniendo el acento en el dato de que sea la Administración la destinataria inmediata de sus servicios. Siendo así, “la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de estos funcionarios para garantizar su correcto funcionamiento y los intereses de

*quienes son los destinatarios de los servicios prestados por ellos*” (STC 6/2005, de 17 de enero), doctrina de la que se han hecho eco a su vez los Tribunales ordinarios de Justicia, como ha sido el caso del TSJ de la CAM que en Sentencia de 27 de enero de 2000 establece que el contenido del artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales permite entender que el ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia, de forma que *la colegiación obligatoria cobra sentido cuando se ejerzan las profesiones en régimen de libre competencia, lo que no sucede cuando se desarrolla la actividad de forma exclusiva por cuenta de la Administración*. En tal caso –interpreta el Tribunal– la actividad a desarrollar no se encuentra dentro de lo previsto en el artículo 36 de la Constitución, sino en el artículo 103 de nuestra Carta Magna.

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

Sin embargo el juez desestima el recurso a la vista de la reciente STC de 17 de enero de 2013 que ha declarado inconstitucional las excepciones al requisito de la colegiación obligatoria de los empleados públicos prevista en la legislación autonómica por tratarse de una competencia estatal.

## **RESPONSABILIDAD SANITARIA**

### **I.- STSJ DE MADRID DE 3 DE ENERO DE 2012. REC 442/2010. ENFERMEDAD RARA.**

Los padres de un niño de corta edad acuden en repetidas ocasiones al Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón por sufrir diversas fracturas, lo que levanta las sospechas de los profesionales sanitarios que deciden poner en marcha el protocolo por sospecha de malos tratos, y solicitar a la Comisión de tutela del menor que se haga cargo del niño.

Tras conocer los médicos que los antecedentes maternos podían explicar las múltiples fracturas del

niño, se realizan las pruebas genéticas correspondientes que confirman que el niño tiene osteogénesis imperfecta.

Los padres reclaman por el error de diagnóstico motivado por falta de pruebas médicas, y el retraso en la realización de estudios genéticos, y por otra parte, por la situación de privación de vida del menor y sus progenitores, por lo que solicitan una indemnización por daños morales, derivados precisamente de la declaración del menor en situación de desamparo.

La Sala desestima la pretensión indemnizatoria de la parte recurrente ya que en estos casos debe prevalecer el interés del menor, se activaron los protocolos ante las sospechas de malos tratos a la vista de las fracturas y lesiones, y se efectuaron las comprobaciones oportunas por los Servicios Sociales.

Por lo que respecta al retraso en el diagnóstico de la enfermedad, la Sala recuerda que estamos ante una enfermedad que *“está catalogada en el grupo de desórdenes genéticos que principalmente, pero no solo, afectan a los huesos y están dentro del grupo conocido como “enfermedades raras” (...) Los síntomas pueden confundirse con los síndromes del niño maltratado en cualquiera de sus manifestaciones”*.

### **II.- STS DE 3 DE ABRIL DE 2013, REC 1464/2011. HABERSE SOMETIDO CON ANTERIORIDAD A UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA IDÉNTICA NO EXIME DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR AL PACIENTE.**

Haberse sometido a una intervención de cataratas hace tres años no exime del deber de informar y recabar por escrito el consentimiento del paciente para que someterse a otra intervención quirúrgica por la misma patología en el otro ojo. Como afirma el Supremo *“Tal información no puede deducirse exclusivamente de una intervención tres años antes y de un apunte en las hojas de enfermería, sino que debe constatar y evidenciarse con claridad por parte de los profesionales que asisten al paciente...”* y prosigue señalando que *“no es lógico, por no existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, deducir de aquél hecho o circunstancia de que como la paciente se había sometido hacía tres años a otra catarata, conocía los riesgos específicos, cuando las técnicas son distintas, la actora había perdido la visión del otro ojo, posible incidencia del desprendimiento de retina, etc, o que en la HC se*

*hubiera anotado la entrega de un documento que no sabemos si precedía a alguna información o simplemente a la entrega del mismo”.*

### III.- STS DE 4 DE DICIEMBRE DE 2012, REC 6157/2011. MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

Se discute si existe o no responsabilidad por parte de la Administración del Estado en aquellos casos en los que el mutualista que ha sufrido algún daño como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida, ha optado por recibir atención sanitaria de una entidad aseguradora privada concertada.

En el presente caso los hechos tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, un dato crucial ya que tanto la citada Ley como el vigente TRLCSP establecen que los conciertos que establezcan las entidades mutualistas para la prestación de asistencia sanitaria, tendrán la naturaleza de contratos de gestión del servicio público, y por tanto, se regularán por lo previsto en la normativa especial de cada mutualidad, y en lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público.

Conforme a esta previsión, la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración, de modo que no habría responsabilidad alguna por parte de MUFACE ya que no se ha probado que el daño derive de actuación administrativa alguna.

Sin embargo la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada frente a MUFACE lo fue antes de la entrada en vigor de la LCSP, y por tanto, resulta plenamente aplicable la doctrina anterior recogida en la STS de 24 de mayo de 2007, que partiendo de una interpretación amplia de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, señalaba que la existencia del concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración. Conforme a esta doctrina, carece de relevancia a los efectos de determinar la responsabilidad de la entidad mutualista que ésta no haya prestado la atención sanitaria y que haya sido la entidad concertada libremente elegida por el mutualista, ya que *“no se pueden oponer las concretas cláusulas del concierto a quién tiene el carácter de tercero en relación al articulado del concierto.”*

### IV.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012. Nº DE REC 5637/2011. CESÁREA Y EL DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA A ELEGIR LA VÍA DE FINALIZACIÓN DEL PARTO.

La recurrente acude al Hospital Clínico Universitario de Zaragoza con síntomas de parto. El parto es atendido por dos residentes de ginecología, de primer y cuarto año, si bien más tarde se sumó la facultativa especialista en obstetricia y ginecología que fue quién aplicó el fórceps ante la falta de colaboración materna y la alteración de la frecuencia cardíaca fetal.

El menor tiene reconocido un grado de discapacidad del 53% debido a las complicaciones en el momento del parto.

Uno de los motivos articulados por la parte recurrente se refiere a la deficiente información recibida por la paciente y sus familiares con infracción de lo previsto en los artículos 2 y 4 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, y a que no se le proporcionó información respecto a métodos alternativos (cesárea).

La Sala admite que tanto el embarazo como el parto no se sustraen de la aplicación de los principios y previsiones contenidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pero lo cierto es que adquiere unas características esenciales que lo configuran como un acto médico con singular naturaleza.

Asimismo reconoce que las futuras madres puedan mostrar ciertas preferencias en cómo se va a desarrollar el acto del alumbramiento pero sujetas a las previsiones de garantizar la salud tanto para la madre como para el hijo, y por tanto, el acto de información y consentimiento ha de situarse respecto a las posibles complicaciones que pueden manifestarse en esos momentos.

A partir de estas premisas la Sala se muestra claramente a favor de la autonomía científica y técnica del profesional sanitario y afirma que *“la cesárea no puede configurarse como una alternativa al parto vaginal de libre decisión para la madre, ya que la misma supone un riesgo de intervención quirúrgica invasiva a considerar por los profesionales médicos en toda su extensión (...) es el profesional médico el que ha de observar si concurren los presupuestos que determinan la ejecución de una cesárea”.*

En el caso que enjuicia el TS, se considera acreditado que el parto vaginal era el indicado, como también lo

fue el empleo del fórceps, y por lo que respecta a la falta de información respecto de las complicaciones que se iban produciendo, señala que se evidenciaron con ocasión del parto y, por tanto, sin capacidad para poder comunicar no solo su existencia, sino también los términos y extensión concreta del mismo. No existían sospechas de feto macrosómico ni tampoco de vueltas de cordón sobre el cuello del feto hasta que se produjo el desarrollo del parto, sin que fuera posible un cambio de estrategia hacia la cesárea por concurrencia de otras circunstancias.

## **FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS**

### **I.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE MAYO DE 2013, Nº DE REC 1/2013. REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA DECLARACIÓN DE INNOVACIÓN GALÉNICA DE INTERÉS TERAPÉUTICO DE UN MEDICAMENTO AUTORIZADO**

La cuestión litigiosa versa sobre los requisitos exigidos para la declaración de innovación galénica de interés terapéutico de un medicamento autorizado.

La solicitud presentada por el laboratorio le fue denegada por la AEMP, y el recurso de reposición, desestimado por silencio administrativo negativo. El laboratorio considera que el silencio en este caso es positivo. Sin embargo la AN considera que en este caso no rige la regla general del silencio positivo; la innovación solicitada debe tener un “*interés terapéutico*”, debe suponer una “*mejora terapéutica significativa*”, lo que llama a una labor de apreciación técnica, de modo que el automatismo del silencio administrativo positivo no se compagina con la adquisición de una facultad para cuyo otorgamiento se exige un juicio valorativo de carácter técnico.

Por lo que respecta a los argumentos empleados tanto por la Sentencia objeto de impugnación como en la resolución de instancia de la Administración en relación a la falta de concurrencia en este caso de los requisitos exigidos por el Ordenamiento, la mercantil considera que tanto la Administración como el juzgador han inventado un requisito no contemplado en el art. 3 de la Orden 3095/2010, que deba tener la misma indicación terapéutica que los medicamentos ya comercializados.

La Audiencia Nacional confirma la legalidad de este otro requisito para obtener la declaración de innovación galénica de interés terapéutico, ya que la razón

de ser de este requisito se justificaría en que de no existir dicha indicación previa, nunca podrá hacerse un término de comparación válido acerca de la utilidad terapéutica del producto basada en su eficacia, seguridad o utilidad.

### **II.- STSJ DE GALICIA DE 12 DE ABRIL DE 2013, Nº REC 4512/2012. LOS LÍMITES ECONÓMICOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA.**

Paciente diagnosticado de “*hemoglobinuria paroxística nocturna*”, que solicita del Servicio Gallego de Salud se autorice la dispensación efectiva del medicamento denominado “*Soliris 300 mg*” habida cuenta de su comprobada eficacia terapéutica respecto de tan rara patología, medicación que le ha sido recomendada, conforme a lo dispuesto en la “*Guía clínica HNP de consenso español para diagnóstico y tratamiento de la hemoglobinuria paroxística nocturna*” elaborado por el grupo de trabajo de la Sociedad Española de Hematología y Hemoterapia, por una médico del SNS, facultativo especialista de referencia a nivel nacional.

La Comisión Autonómica Central de Farmacia y Terapéutica no opina lo mismo, y le comunica al paciente que no procede la autorización solicitada ya que no cumplía los criterios establecidos por dicho órgano de asesoramiento para la dispensación de aquél medicamento, cuyo coste por paciente/año asciende a 377.182 €.-

Desde un punto de vista meramente formal, la resolución de la citada comisión incurre en nulidad competencial al apartarse el citado órgano colegiado de su ámbito exclusivo de actuación, a saber, el ámbito de asesoramiento técnico-interno y de elaboración de recomendaciones según lo previsto en su propia norma de creación (Orden de 9 de abril de 2010).

Desde el punto de vista sustantivo estamos ante una clara vulneración del derecho fundamental a la integridad física ( art. 15 de la CE), cuya conexión con el art. 43 de la CE (derecho a la protección de la salud) ha sido puesta de manifiesto por nuestros Tribunales en reiteradas ocasiones (ATC de 12 de Diciembre de 2012), así como del derecho a la obtención de medicamentos y productos sanitarios (art. 10.14 de la Ley 14/1986), “*al denegarse de facto a dicho paciente promovente y mediante su injustificada inactividad (de la Administración) al respecto la dispensación de aquél fármaco inclusive médico-oficialmente*

*interesado, en cuanto única opción terapéutico-medicamentosa autorizada y homologada (...) única alternativa medicamentosa susceptible de cronificar su rara patología y hacerle llevar una vida prácticamente normal...”*

En efecto, la Administración Sanitaria de la Xunta, a partir del empleo de argumentos científicos claramente desfasados y equivocados a tenor de lo dispuesto en la citada Guía Clínica elaborada por la Sociedad Española de Hematología y Hemoterapia, y sin otra aparente motivación que la del “*ahorro*”, prescindió del criterio médico (vulneración del art. 6.2.a) de la LOPS) en un caso en el que el único medicamento con eficacia terapéutica probada, y sin alternativa farmacológica en el mercado, era el solicitado por el recurrente.

Por todo ello la Sala considera que la inactividad prestacional institucional-sanitaria consistente en la no dispensación efectiva del medicamento denominado “*Soliris 300 mg*” incurre en vicio de nulidad de pleno derecho, y condena al Servicio de Salud a que proceda a su efectiva y material dispensación durante todo el tiempo de tratamiento que el médico, a cuyo cargo estuvo el paciente, considere preciso.

Al margen de las consideraciones jurídicas, la cuestión de fondo que subyace en esta resolución judicial sería ¿Debe el sistema sanitario atender todas las patologías por muy costosas que éstas puedan llegar a ser?. Esta interrogante entronca directamente con la relevancia que adquiere el principio de justicia distributiva, y si resulta factible establecer un modelo justo de distribución equitativa de los recursos sanitarios. ¿Cómo fijar un nivel mínimo y adecuado de cobertura sanitaria para toda la población? ¿Es posible proporcionar asistencia sanitaria igual para todos y que al mismo tiempo sea la mejor? ¿El derecho a la asistencia sanitaria es un derecho de contenido ilimitado?

A modo de ejemplo, y para ilustrar mejor los términos del debate, cabría traer a colación el controvertido caso del “*Ceprotín*” en nuestra Comunidad Autónoma durante el año 2003. El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha tuvo que hacer frente a la reclamación de cantidad formulada por la empresa Baxter por el suministro del medicamento de concentrado de proteína C “*CEPROTÍN*” a diversos hospitales dependientes del Sescam para el tratamiento de pacientes diagnosticados de déficit de homocigoto

de proteína C, presentando púrpura fulminante y necrosis cutánea. El P.V.L. aprobado por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios era de 1.000 € 1 vial, 500 UI, y 2.000 € 1 vial de 1.000 UI. La cuantía reclamada por la empresa al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha ascendía a 2.868.353 €, y el nº de pacientes afectados por esta patología en toda la región eran: dos personas.

Así pues, en el ámbito de la sanidad pública todas estas cuestiones adquieren una relevancia trascendental, debido a que la asignación de los finitos recursos sanitarios debe realizarse atendiendo a un criterio que no debería estar relacionado con la capacidad de pago del ciudadano, como es la “necesidad” del paciente, y ahí es donde radica, a mi modo de ver, la grandeza de nuestro Sistema Nacional de Salud. El problema, entre otros muchos, es que no parece existir un consenso claro acerca del verdadero significado del concepto “*necesidad*”. Por ejemplo, para el CI del SNS lo que hasta el mes de julio de 2013 representaba una necesidad- el acceso a los tratamientos de fertilidad por parte de mujeres solas sin varón- deja de serlo para convertirse en un “*deseo*”.

El gran dilema ético al que se enfrenta en nuestros días la sanidad pública no es otro que conciliar “*equidad*” y “*eficiencia*”, aplicar políticas de priorización de recursos que sean justas, y que, en todo caso, bajo mi punto de vista, deberían contribuir a mejorar la situación de los ciudadanos más necesitados, de aquéllos que, como decía Rawls, no han sido favorecidos por la lotería natural (salud) ni social (integración socio-laboral).

Platón, en el Libro III de la República reconoce el dilema que representan las expectativas infinitas y los recursos finitos, y concluye que carece de sentido el tratamiento prologando de las enfermedades crónicas si la medicina no puede hacer que el ciudadano vuelva a sus quehaceres habituales. Una adaptación de la visión platónica de la atención sanitaria a nuestros días supondría prescindir de todos aquellos tratamientos cuyas posibilidades de éxito son escasas, la calidad y cantidad de vida que pueden garantizar son reducidas, y el coste económico, elevado. Ésta es la esencia del algoritmo de H. T. Engelhardt (Fundamentos de Bioética), y así está previsto en nuestra legislación sanitaria (art. 5.3 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre).

### **III.- STSJ DE MADRID, DE 16 DE MAYO DE 2013, N° 366/2013. LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN Y MEDIDAS DE CONTECIÓN DEL GASTO FARMACÉUTICO**

El Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos impugna la Instrucción aprobada por el DG de Coordinación Territorial del Ministerio del Interior, dirigida a los Centros Penitenciarios, sobre prescripción de medicamentos, por considerar que dicha Instrucción vulnera los artículos 85 y 86 de la LGURM al permitir que se pueda sustituir un medicamento por otro de diferente composición y estructura química.

La referida Instrucción incorpora en su Anexo un programa de intercambio terapéutico de obligado cumplimiento en las Instituciones Penitenciarias, conforme al cual se prevé la sustitución por el fármaco del medicamento prescrito por el facultativo por otro medicamento equivalente terapéutico, regulando a tal un efecto un procedimiento en el médico podrá formular sus alegaciones caso en el que se oponga al criterio del farmacéutico.

Esta Instrucción se enmarca en la política de racionalización del gasto público, y como señala la Sentencia, esa racionalización del gasto público debe primar sobre la libertad de prescripción médica en el ámbito de la sanidad pública, pues como señala la Sentencia dicha libertad *“se encuentra mediatizada cuando su actuación profesional se desarrolla en el ámbito público en el que han de cohonestarse los principios de racionalización del gasto público con la eficiencia del tratamiento”*.

Pero es que en este caso la Sala no aprecia que exista vulneración alguna de los preceptos legales antes citados pues el médico prescriptor debe ajustarse en todo caso a las previsiones recogidas en la Guía Farmacoterapéutica de IIPP, que recoge el catálogo de medicamentos que la Administración Sanitaria ha establecido, y frente a ella no puede primar la libertad de prescripción.

### **INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES**

#### **I.- SENTENCIA DE LA AN , 971/2013, N° DE REC 442/2011. IDENTIDAD DE LOS PROFESIONALES QUE ACCEDEN A LA HC.**

La reclamante había solicitado acceder a los nombres de los profesionales que habían tenido acceso a su

historia clínica, solicitando la identificación de su categoría profesional y el departamento al que están adscritos.

El INSS contestó que, tras la inspección llevada a cabo, el personal que había accedido a los datos personales y médicos de la interesada contaba con la suficiente justificación y acreditación.

La Sentencia desestima el recurso interpuesto por la interesada por considerar que no ha habido cesión de datos a terceros, sino que se trata de un supuesto de acceso ajustado a la legalidad vigente (artículos 6.2 y 7 de la LOPD, art. 16.5 de la Ley 41/2002, y art. 40 de la LGSS).

Sin embargo la Sentencia no llega a pronunciarse sobre si el ejercicio del derecho de acceso permite que se pueda conocer la identidad de los profesionales que han tenido acceso a los datos personales.

#### **II.- AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SEC. 4ª, S 20-5-2013, N° 341/2013, REC. 130/2013. REVELACIÓN DE SECRETO.**

La Audiencia Provincial de Valencia revoca la condena por un delito de revelación de secretos a la psicóloga que emitió un informe pericial sobre un menor en un proceso de divorcio solicitado por parte de la madre.

La acusada mantuvo diferentes entrevistas en los años 2006 y 2007 con el menor y sus progenitores después de que la psicopedagoga del colegio apreciara un problema. Posteriormente la psicóloga pasó a prestar sus servicios profesionales únicamente a la esposa como paciente.

La madre del niño le pidió que elaborase un informe para aportarlo al juzgado donde se estaba tramitando su proceso de divorcio. Dicho informe fue impugnado por el padre que alegó quebrantamiento del secreto profesional. 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.

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 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.- 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”*.

### III.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE JULIO DE 2013, Nº DE REC 519/2011. MEDIDAS DE SEGURIDAD ARCHIVO DE DATOS MÉDICOS.

Desde dos terminales ubicados en el muelle de recepción de mercancías del Hipercor de Barcelona, se denuncia que se pueden visualizar los análisis clínicos de trabajadores de la empresa. En la inspección realizada por la AEPD se verifica que el acceso a los ordenadores requiere de una contraseña y un código de usuario. El usuario lo proporciona por defecto el sistema, y la contraseña es la misma que el código de usuario.

Una vez reiniciado el equipo se visualiza un escritorio con varios iconos, y uno de ellos lleva por nombre *“Servicio Médico”*. Al acceder a esta carpeta se comprueba que contiene un documento de Word denominado *“resultados analíticas”*. Los análisis clínicos de los 300 empleados se realizan por un servicio

contratado por el centro para los reconocimientos médicos del personal, y todo apunta a que el archivo en cuestión es una copia que ha realizado el Servicio Médico, y que por error de seguridad son accesibles por usuarios ajenos a dicho servicio.

La AN desestima el recurso interpuesto por la empresa contra la sanción- 20.000 €- de la Agencia Española de Protección de Datos por infracción del art. 9.1. de la LOPD, y recuerda que:

*“No basta con la adopción de cualquier medida, pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto. Y por supuesto no basta con la aprobación formal de medidas de seguridad, pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva. Así, de nada sirve que se aprueben unas instrucciones detalladas sobre el modo de proceder para la recepción y destrucción de documentos que contengan datos personales si luego no se exige a los empleados de la entidad la observancia de aquéllas instrucciones”*.

En este caso es evidente la ausencia de diligencia en la custodia de la documentación, ya que se podía acceder sin dificultad a este tipo de información.

## **RECURSOS HUMANOS**

### **I.- SENTENCIA DEL TS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012 REC 5887/2012. PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y POSTESTAD ORGANIZATIVA.**

Se interpone recurso de casación por el Sindicato Médico Profesional de Asturias contra la Sentencia del TSJ de Asturias que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Plan de Ordenación de RRHH del Principado de Asturias.

El primer motivo en el que se funda el recurso es la falta de cuantificación numérica y concreta, distribuida por categorías, de los efectivos de personal que en un futuro resultarán precisos para cumplir los objetivos fijados.

La Sala no comparte la tesis del Sindicato ya que las necesidades asistenciales y sanitarias son variables y por tanto, sujetas a cambios, *“una concreción tan absolutamente como la que reclama el Sindicato*

*provocaría un efecto nada deseable y contrario al objetivo que debe perseguir este instrumento de planificación global de los recursos humanos”.*

En segundo lugar, el Sindicato cuestiona la medida prevista en el Plan con la que se pretende resolver las dificultades de cobertura de plazas en centros hospitalarios periféricos. Para ello, el Plan incorpora un criterio de promoción geográfica que posibilite que los profesionales que llevan algún tiempo ejerciendo sus funciones en Áreas Sanitarias de la periferia puedan gozar de cierta preferencia para acercarse a las próximas a la capital.

A juicio del Tribunal estamos ante una medida que se ubica en el ámbito de la potestad de autoorganización para cuyo ejercicio la Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

El Sindicato también cuestiona la opción del sistema de libre designación para la provisión de las Jefaturas y mandos intermedios, y es aquí donde sí encuentran respuesta satisfactoria la pretensión de la organización sindical. Como señala la Sentencia *“no es asumible la previsión genérica que contiene el Plan configurando como libre designación, con carácter general e indiscriminado, los puestos de trabajo referidos a Jefaturas y mandos intermedios”.*

Por último, el sindicato manifiesta su discrepancia con la regulación contenida en el Plan sobre la prolongación del servicio activo con posterioridad a la edad de jubilación forzosa. El Plan admite la prolongación en aquéllos supuestos en que la Dirección Gerencia del Servicio de Salud aprecie, de manera justificada, carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas.

El Tribunal no aprecia ilegalidad alguna por entender que la redacción del Plan nos remite a unas circunstancias objetivas que puede conocer el interesado, y que le proporcionan elementos ciertos que permiten la tutela judicial correspondiente.

## **II.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA 155/2013, DE 21 DE FEBRERO DE 2013. ESTATUTARIZACIÓN DE LA INSPECCIÓN MÉDICA DEL SERVICIO DE SALUD.**

Se cuestiona la legalidad de la Orden por la que se convoca el proceso para la integración en las categorías estatutarias creadas por la Ley 6/2010, de 24 de junio, de creación de las categorías de personal

estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones, del personal funcionario perteneciente a la Escala Superior y Técnica, de Inspección y Evaluación Sanitaria de la JCCM.

La recurrente considera que con la Orden ahora combatida no se pretende en realidad un proceso de integración como los ya realizados en ocasiones anteriores, en los que sí era factible conforme a la D.A. Quinta del EM, sino que, en este caso, se trataría en realidad de un trasvase de personal de una organización a otra de naturaleza totalmente distinta, ya que la discutida integración no resulta posible en un cuerpo funcional específico como es el Cuerpo de Inspección Sanitaria por su especificidad funcional.

La Sala desestima el recurso interpuesto y considera que la Orden en cuestión, que reproduce la Ley 6/2010, de 24 de junio, no incurre en ilegalidad alguna. La citada Ley, considera la Sala, ha sido aprobada por la Comunidad de CLM en virtud de las competencias previstas en el Estatuto de Autonomía – artículos 32 y 33- sin que por tanto se pueda apreciar la existencia de extralimitación competencial alguna, no se invaden las competencias estatales cuestionadas por la interesada –art. 149.1.17 de la CE-

Por lo que respecta a la falta del informe de la Comisión Superior de Personal (art. 1 de RD 349/2001), la Sala precisa que dicho informe *“no sería exigible en supuestos como el de autos, es decir, de la aprobación de una Ley autonómica, pues, aparte que nos hallamos ante un proceso de integración voluntario, la disposición adicional decimosexta de la Ley 30/1984, no puede ser interpretada (...) como una disposición dirigida al poder legislativo autonómico...”.*

## **III.- SENTENCIA TSJ CLM 120/2013, DE 8 DE ABRIL DE 2013. CONVERSIÓN NOMBRAMIENTO SUSTITUCIÓN EN NOMBRAMIENTO DE INTERINIDAD.**

La Sentencia establece que en el caso del personal estatutario temporal con nombramiento de sustitución por una IT, la declaración de IP del trabajador sustituido provoca el cese del sustituto (art. 9.4 del EM), que es lo correcto, y en aplicación de un Acuerdo sindical existente a nivel de centro del año 1999, declara que el posterior contrato de interinidad para cubrir la plaza vacante debe ser ofertado al mismo trabajador que ya venía sustituyendo al trabajador ausente. La Sentencia, que no admite recurso, avala la aplicación

de este Acuerdo y considera que no resulta aplicable el Pacto de Selección Temporal del Sescam de 2004. No obstante se puede cuestionar la aplicación del citado Acuerdo por resultar contrario a anteriores pronunciamientos del TSJ sobre cuestiones similares.

Así, cabría traer a colación la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2010 en la que se afirma que el EM no tolera la continuidad del personal temporal sustituto como interino. En efecto, en el caso en que el titular pierda su derecho a reincorporarse a su plaza de origen (por ejemplo, en el caso de jubilación), la Ley exige el cese aunque ni el titular de la plaza ni ningún otro vayan a incorporarse.

Este mismo criterio habría que aplicar igualmente para el caso del personal temporal interino, pues “es inútil pretender hacer una interpretación no formal del art. 9.2, permitiendo la transformación directa del interino en sustituto cuando el art. 9.4 de la ley demuestra que un mero cambio de situación jurídica en el titular, que deja la plaza exactamente igual de falta de cobertura, y que se produce sin solución de continuidad alguna, es causa para el cese. Tan solo cabría defender la permanencia del personal sustituto en los casos en los que el cambio en la situación jurídica del titular de la plaza no suponga pérdida de la reserva de la misma (por ejemplo, baja médica derivada de embarazo y posterior pase a licencia por maternidad).

#### **IV.- SENTENCIA DEL TSJ DE CLM 121/2013, DE 8 DE ABRIL DE 2013. SUSTITUCIÓN E INTERINIDAD.**

El TSJ vuelve a pronunciarse sobre la aplicación del art. 9.4 del Estatuto Marco (EM) y el Pacto de Selección Temporal de las II.SS. del Sescam.

En este otro caso la recurrente recibe nombramiento como personal estatutario temporal por sustitución, si bien poco tiempo después es la propia trabajadora la que pasa a situación de I.T., siendo a su vez sustituida por otra trabajadora. Es esta empleada, y no la anterior que recordemos se encontraba aún en I.T. la que es nombrada para cubrir la vacante por la declaración de la persona titular de dicha plaza en excedencia voluntaria. El fondo del asunto sería si este último nombramiento es ajustado a Derecho, o si por el contrario debería haberse ofrecido a la trabajadora que desde un principio fue nombrada para sustituir a la persona titular de la plaza.

La Sala considera en este caso que resulta aplicable el Pacto de Selección Temporal que exige el

cumplimiento del requisito de “poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las funciones que se deriven del correspondiente nombramiento”, exigencia que no cumplía la recurrente por encontrarse en situación de incapacidad temporal, de modo que de haber obrado la Administración en sentido distinto:

a) Se perjudicaría notablemente la prestación del servicio público por un doble motivo: por el retraso en la cobertura del puesto, así como por “el aumento de gasto público que comportaba la sustitución sucesiva para un solo puesto de trabajo”.

b) “No tendría sentido una sustitución de contenido imposible, como sería aquella que confiere adscripción para el desempeño temporal de un puesto de trabajo a favor de un empleado público que, por impedimento legal, no puede desarrollar sus funciones, y que ello no tendría ningún sentido y que no se compadecería con los mandatos de actuación recogidos en el art. 103 de la CE”.

El TSJ de CLM ya puso de manifiesto en ocasiones anteriores (Sentencia de 20 de julio de 2011) la importancia el caso de la empleada a la que, estando de baja médica, se le ha saltado en los llamamientos para el desempeño de un puesto de trabajo vía promoción interna temporal, resulta curioso que ahora la Sala considere que la actuación de la Administración se ajusta a Derecho, y confirme el fallo del juzgador de instancia pues- y cito textualmente- “no queda razonado el derecho del que dispone la actora para haber sido nombrada para desempeñar temporalmente un puesto en el continuaría en situación de baja laboral, con el evidente perjuicio que tal situación generaría para el funcionamiento del servicio público...”

#### **V.- SENTENCIA DEL TSJ DE MADRID DE 19 DE OCTUBRE DE 2012, nº 1155/2012. CREACIÓN DE PUESTO DE TRABAJO Y CREACIÓN DE CATEGORÍA: POTESTAD ORGANIZATIVA.**

Se impugna por la “ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA DE ATENCIÓN PRIMARIA” y de la “SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA EXTRAHOSPITALARIA Y ATENCIÓN PRIMARIA”, la Resolución de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria del Servicio Madrileño de la Salud 5/2.009, fechada

el 8 de junio de 2.009, por la que se crea el puesto de Facultativo Especialista de Área de Pediatría para la prestación de servicios coordinados en los ámbitos asistenciales de Atención Especializada y Primaria.

Los argumentos sobre los que se sustente el recurso son:

- a) Falta de negociación con los sindicatos.
- b) Falta de informe del Consejo Consultivo
- c) Falta de informe del Colegio Oficial de Médicos
- d) Creación de una nueva categoría profesional sin cumplir con los requisitos de homologación por parte del Ministerio.
- e) Establecimiento de un proceso de movilidad voluntaria sin previo concurso.

En primer término hay que precisar que estamos ante el ejercicio legítimo por parte de la Administración Sanitaria de su potestad organizativa sin que esta norma pueda ser entendida como disposición de carácter general, sino que es el reflejo de la potestad doméstica de autoorganización y no alcanza el carácter de generalidad propia de las disposiciones de carácter general.

Frente a este poder jurídico, por tanto, no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, de tal manera que no son jurídicamente admisibles trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización preexistentes. También conviene precisar que no se integra en el elenco de los derechos adquiridos por los funcionarios públicos el de la inalterabilidad de todos y cualesquiera de los múltiples aspectos que conforman la relación funcionarial en un momento dado, no comprendiéndose entre ellos, en cuanto opuesto al fin para el que se otorga aquella potestad de autoorganización, el mantenimiento inalterable de las unidades administrativas en algún momento diseñadas, su organización, o su integración en el seno de la Administración.

La Administración goza de un amplio poder que le permite actuar, para el cumplimiento de su misión, con libertad y sin más límites que el respeto a la legalidad y la sumisión a la satisfacción del interés público, sin que, por tanto, se pueda obstaculizar el ejercicio de la potestad que le confiere el Ordenamiento Jurídico formulando pretensiones en defensa

de simples expectativas, aspiraciones o intereses particulares o Asociativos, por legítimos que sean. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2.006, la Administración, en el ejercicio de sus facultades autoorganizativas, posee un gran margen de discrecionalidad para elegir la mejor de las soluciones posibles, (indiferentes jurídicos), debiendo respetar los derechos adquiridos, pero no las meras expectativas.

Así pues no estamos ante una Resolución de carácter normativo, sino ante una Resolución de carácter típicamente organizativo, por lo que no es preciso recabar dictamen del Consejo Consultivo, siendo igualmente irrelevante el informe de la organización colegial, pues éste se circunscribe a las funciones propias de la profesión colegiada, no a los derechos, deberes y condiciones de prestación de su trabajo de los funcionarios públicos.

En cuanto a la falta de negociación, la Sala reproduce la redacción del art. 80.4 del EM que excluye expresamente de negociación las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización si bien cuando tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo procederá la consulta a las organizaciones sindicales.

Respecto a la alegación relativa a que la Administración ha procedido a crear una categoría profesional de personal estatutario al margen de los procedimientos establecidos para ello, la Sentencia discrepa porque entiende que con esta Resolución lo que se crea es un puesto de trabajo a desempeñar por facultativos Especialistas de Área de Pediatría que prestarán servicios coordinados en su área natural de atención, la Atención Especializada y la Atención Primaria.

Llegados a este punto se cuestiona si es posible conforme a la legislación sanitaria configurar ambos niveles asistenciales como el ámbito indistinto de actuación de los profesionales sanitarios, toda vez que la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se refiere a ellos de forma diferenciada como también lo hace la Ley General de Sanidad.

Sin embargo el Tribunal señala que aunque son niveles de atención distintos no pueden disociarse y separarse hasta los extremos pretendidos por la parte recurrente, pues "*Hospitales, por un lado, y Centros de atención primaria por otro, no constituyen compartimentos estancos ni estructuras disociadas, por el contrario precisan medidas de interrelación*

*en el marco de cada Área de Salud para organizar un sistema sanitario coordinado e integral capaz de atender a las necesidades asistenciales que surjan en cualquiera de los niveles asistenciales, valga la redundancia, del Área de Salud, finalidad que está presente en las previsiones contenidas en el artículo 31 del ya citado Real Decreto 521/1.987, de 15 de abril” y de otra parte, y como ya dijera la STS de 17 de junio de 1991 “No puede afirmarse que las funciones que legalmente incumben a los médicos especialistas jerarquizados de instituciones hospitalarias queden constreñidas a las que han de realizar en el propio recinto de dichos hospitales.*

## **DOCUMENTOS DE INTERÉS**

### **1.- PRESTACIONES SANITARIAS.**

#### **I.- CRIBADO NEONATAL DE LA FQ. INFORME DE EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍAS SANITARIAS 2013.**

El documento ha sido elaborado en el marco del desarrollo de actividades de la Red Española de Agencias de Tecnologías y Prestaciones del SNS al amparo del convenio de colaboración suscrito por el Instituto de Salud Carlos III y la Fundación Profesor Novoa Santos.

El documento recomienda la inclusión del cribado neonatal de fibrosis quística (FQ) en los programas de cribado neonatal de metabolopatías implantadas en las diferentes CCAA españolas- sólo tres CCAA no han incluido aún la FQ dentro de la prueba del talón a los recién nacidos: Asturias, Navarra y Castilla-La Mancha-. En todo este tipo de programas deben garantizar el acceso equitativo y universal de todos los recién nacidos así como la protección de la confidencialidad, y tomar en consideración todos los aspectos éticos y legales que deberán ser revisados por un comité de ética asistencial.

Para justificar la realización de un cribado de estas características desde el punto de vista ético, sería necesario garantizar que exista evidencia de alta calidad sobre los beneficios de la detección precoz para los niños afectados. O lo que es lo mismo, no se debe iniciar el cribado neonatal de una enfermedad si las ventajas de una detección temprana para el neonato no están claramente definidas sin que haya garantías de la adecuada provisión, a todos los casos

detectados, de un diagnóstico, un seguimiento y un tratamiento correctos.

Por otra parte, el principio bioético de autonomía exige que la participación en un cribado sea voluntaria, libre e informada, si bien es cierto que la autonomía de los padres puede entrar en conflicto con el principio de beneficencia para el hijo, ya que la elección de no participar podría privar al recién nacido de los beneficios del diagnóstico y tratamiento precoces.

La OMS ha declarado que los recién nacidos deberían tener una especial protección mediante cribado obligatorio, cuando el diagnóstico precoz y el tratamiento presenten claros efectos favorables sobre los resultados, y por el contrario, el cribado no debería ser obligatorio si su principal finalidad es la de identificar y aconsejar a los padres de su condición de portadores para futuros embarazos.

El consentimiento informado debería prestarse por escrito cuando los beneficios del cribado son escasos, y se podría prescindir de la cumplimentación de este requisito cuando los beneficios son claros y el programa de cribado forma parte de la práctica habitual, pero siempre que se garantice una información previa adecuada.

### **2. CONTRATACIÓN PÚBLICA**

#### **I.- GUÍA PARA LA INCLUSIÓN DE CLAÚSULAS CONTRACTUALES DE CARÁCTER SOCIAL. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CATALUÑA. 2014.**

La Guía elaborada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña clasifica en cinco grandes apartados las cláusulas de carácter social susceptibles de inclusión en la contratación pública, ya sea para la definición del objeto del contrato, como criterio de capacidad, criterios de adjudicación y obligaciones a cumplir con carácter previo a la formalización del contrato, criterios preferentes de adjudicación, o bien como condiciones especiales de ejecución.

El apartado primero de la guía se refiere a las cláusulas a incluir específicamente en contratos con objeto vinculado a acciones públicas de fomento de la ocupación, acciones positivas de género o aquéllos

que tengan como destinatarios personas que integran alguno de los colectivos más desfavorecidos.

El apartado segundo contempla las cláusulas del carácter social que susceptibles de inclusión en todo tipo de contratos, a diferencia del apartado tercero relativo a las cláusulas sociales para los contratos de servicios y contratos de gestión de servicios públicos.

Finalmente el apartado cuarto enumera las cláusulas relativas a la subcontratación, y el apartado quinto las cláusulas a incluir específicamente en los contratos reservados en centros especiales de trabajo.

Como curiosidad destacar que algunas de las cláusulas incorporadas en la Guía objeto de comentario, formaban parte del contenido de la Proposición de Ley sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de noviembre de 2013), con la que pretendía modificar el artículo 150 del TRLCSP y la disposición adicional quinta, así como la adición de un nuevo artículo 81 bis, y una nueva disposición final séptima en la misma norma. El Congreso de los Diputados rechazó en febrero de 2014 la toma en consideración de la citada Proposición de Ley”.

## **II.- INFORME 12/2012, DE 30 DE NOVIEMBRE DE LA JCCA DE CATALUÑA. LICITACIONES CONJUNTAS POR VARIOS PODERES ADJUDICADORES.**

La JCCA de Cataluña en un reciente informe aborda la problemática de las licitaciones conjuntas por parte de varios poderes adjudicadores, distinguiendo dos supuestos:

a) Los supuestos que tendrían encaje dentro de los denominados “*sistemas de racionalización técnica*”, a saber, contratos marco, contratación centralizada, la adjudicación y sistemas dinámicos.

b) Fórmulas de colaboración interadministrativa al margen de las antes citadas, y dentro de este apartado distingue a su vez entre:

1.- Aquéllos supuestos en los que se pretende la formalización del contrato por un único órgano de contratación. Un contrato y un único órgano de contratación.

Según la Junta “*En este sistema de licitación conjunta se aplicarían los procedimientos y los sistemas de organización de la contratación que prevé expresamente la normativa de contratos del sector público, sin que, por lo tanto, se planteen dudas jurídicas respecto a su viabilidad desde el punto de vista del cumplimiento de la normativa de contratación pública.*”

Esta modalidad ya se ha puesto en práctica. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, mediante Acuerdo 10/2011, de 29 de septiembre, quedó enterada del Informe emitido por la Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Patrimonio a los gerentes de las Universidades Carlos III y Autónoma de Madrid, en relación con la posibilidad de llevar a cabo una contratación conjunta por ambas universidades. Este Informe, en resumen y a efectos de lo que ahora interesa, concluye que no existe inconveniente para firmar un contrato cofinanciado por dos administraciones públicas, y que tiene que tramitarse un único expediente; que la adjudicación del contrato se tiene que formalizar en un único documento, sin que sea posible fraccionar la formalización de un contrato (excepto que éste esté dividido en lotes); que es indiferente que la facturación se efectúe o no de forma separada; y que, con carácter previo a la contratación, las administraciones tienen que suscribir un convenio de colaboración en que concreten las condiciones de ejecución.

2.- Aquéllos supuestos de licitaciones conjuntas llevadas a cabo por parte de diversas entidades del sector público, ya sea actuando todas como órganos de contratación y como tramitadoras del procedimiento, y adjudicándose tantos contratos como entidades del sector público estén licitando de manera conjunta, o bien una de ellas es la encargada de la tramitación del procedimiento teniendo como resultado la firma de tantos contratos como entidades formen parte de la licitación conjunta.

Es decir, en el primer caso de este segundo apartado los supuestos podrían ser:

a) Varios órganos de contratación y varios contratos.

b) Un único órgano de contratación y varios contratos.

La Junta Consultiva reconoce que estas fórmulas no están previstas en la legislación de contratación pública, pero que tampoco se oponen a ella, y de hecho cita diversos documentos comunitarios en los que se prevé la incorporación de estas modalidades de colaboración entre poderes adjudicadores.

### III.- INCIDENCIAS EN LA FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS.

#### A) INFORME 1/2013, DE LA JCCA DE CANARIAS.

Se plantea la cuestión de cómo actuar jurídicamente para dejar sin efecto la adjudicación de determinados contratos plurianuales, cuya formalización resulta inviable por la inexistencia de crédito presupuestario necesario para afrontar el gasto correspondiente a los ejercicios futuros.

La modificación introducida por la Ley 34/2010 supuso la supresión como causa de resolución contractual la ausencia de formalización del contrato, que ahora se perfecciona no con la adjudicación sino en el momento de dicha formalización.

El artículo 156 del TRLCSP recoge las consecuencias derivadas de la falta de formalización en plazo del contrato, distinguiendo si la causa de dicha retraso fuese o no imputable a la Administración. Sin embargo dicho precepto legal no dice nada respecto al supuesto planteado, cómo actuar ante el caso de ausencia definitiva de formalización imputable a la Administración.

Se barajan tres opciones, todas ellas inviables:

a) Nulidad del contrato.

El hecho de tratarse de una circunstancia sobrevenida con posterioridad a la adjudicación pero anterior a la formalización, impide que podamos aplicar alguna de las causas de nulidad del contrato (aún inexistente).

b) Renuncia del contrato.

No cabe invocar la figura de la renuncia regulada en el art. 155 del TRLCSP ya que esta posibilidad queda limitada a supuestos en los que aún no se haya adjudicado el contrato.

c) Revocación del art. 105.1 de la Ley 30/1992, que tampoco resulta factible ya que está limitada a actos de gravamen o desfavorables.

Si tenemos en cuenta que el actual régimen de perfección de los contratos exige la concurrencia de dos requisitos para el nacimiento del contrato, a saber, la firmeza del acto de adjudicación y la formalización, resulta evidente que cualquier incidencia que se pueda plantear durante este lapso de tiempo no podría estar ligada en cuanto a sus efectos a un contrato inexistente, sino al propio procedimiento de contratación.

A partir de este razonamiento, la Junta Consultiva de Canarias concluye que en estos casos habría que aplicar por analogía el criterio previsto en el artículo 155, y por tanto compensar al interesado, abonándole los gastos que su participación en el procedimiento le hubiese ocasionado.

#### B) INFORME 2/2013, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CANARIAS.

En este otro caso, muy similar al anterior, lo que se plantea son las consecuencias que se derivan de la no formalización del contrato por la inicial adjudicataria, y si procede o no la devolución de la garantía definitiva y la declaración de la prohibición para contratar.

Respecto a esta última posibilidad, ésta es descartada por la Junta, de modo que no cabría invocar las causas previstas en el art. 60.2 del TRLCSP apartados a) (resolución firme de un contrato por causa imputable al contratista), ya que como quedó expuesto en el informe anterior aún no existe contrato alguno, y apartado d) (retirada indebida de la oferta), pues no es posible la interpretación extensiva de una norma limitativa de derechos, además de que sí existe un precepto dedicado específicamente al supuesto que ahora se analiza: el art. 156.4, de modo que se procedería a la incautación sobre la garantía definitiva el importe de la garantía provisional que se hubiese constituido.

El problema que se plantea a continuación es: ¿Qué sucede si el órgano de contratación no exigió la constitución de garantía provisional? ¿Cabrá entonces incautar la garantía definitiva constituida por el adjudicatario que se niega a formalizar el contrato?

En este caso los efectos deberían ser los mismos que se hubieran producido si antes de la adjudicación, el licitador mejor valorado decide retirar su oferta, es decir, la Administración tan solo podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios, pero, y aquí se produce la paradoja, pese a que el adjudicatario ya

constituyó garantía definitiva, la Ley no contempla expresamente la posibilidad de que en estos supuestos dicha garantía pueda quedar afectada a responder de la indemnización.

Por todo ello, la Junta considera necesario que se proceda a modificar la redacción del actual art. 100 del TRLCSP en el sentido de incluir el supuesto de ausencia de formalización del contrato imputable al adjudicatario y la incautación de la garantía definitiva ya constituida en un importe equivalente al máximo importe (hasta el 3%) de una hipotética garantía provisional, si ésta no se hubiese exigido.

Pero no es ésta la única contradicción que denuncia la Junta en su Informe, también muestra la incoherencia que supone, en relación con la apreciación de las causas de prohibición para contratar, el hecho de mientras la retirada de la oferta o imposibilitar la adjudicación de un contrato sí lleva aparejado el grave efecto de la prohibición para contratar, por el contrario, imposibilitar la formalización de un contrato ya adjudicado tan solo comporta la incautación parcial de la garantía (y, como ya hemos visto, esta posibilidad solo si se hubiese constituido garantía provisional).

Lo que sí cabría perfectamente en el supuesto planteado, sería adjudicar el contrato a la siguiente mejor oferta, es decir, actuar de forma similar a como se establece en el artículo 151.2 para los casos de retirada de la oferta del licitador inicialmente propuesto como adjudicatario.

Por último, la Junta analiza la cuestión de si la no formalización del contrato obedece a que el adjudicatario ha podido comprobar que la información que se le ha suministrado sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores en los que se ha de subrogar (art. 120 del TRLCSP) no se corresponde con la realidad. En este caso no estaríamos ante un supuesto imputable al adjudicatario y por ende, excluiría la posibilidad de incautación de la garantía conforme a lo previsto en el art. 156.4 del TRLCSP.

### **3.- INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL**

#### **I.- LA CONFIDENCIALIDAD EN SERVICIOS SOCIALES. SERIE ÉTICA Y SERVICIOS SOCIALES. GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.**

La guía aborda la problemática de la confidencialidad de los datos personales desde la perspectiva de los Servicios Sociales; una herramienta puesta a disposición tanto de los usuarios como de los profesionales que prestan sus servicios en centros sociales, en la que se detallan en qué supuestos se puede facilitar información de las personas usuarias a terceras personas, y los límites de la confidencialidad cuando ésta entra en colisión con otras necesidades.

#### **II.- INFORME JURÍDICO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS 084069/2012, DE 24 DE ABRIL DE 2012. ACCESO SINDICATOS A DATOS DE LA BOLSA DE EMPLEO TEMPORAL DEL SERVICIO DE SALUD.**

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

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

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

#### **III.- RESOLUCIÓN R/00389/2013 DE LA AEPD. DATOS SANITARIOS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

La denunciante declara que en el centro educativo donde presta sus servicios como profesora se publica entre el profesorado un “*parte mensual de faltas de asistencia del profesorado*” en el que figuran los motivos de las faltas de asistencia por medio de un

código al que tienen acceso por medio de la aplicación “*Gestión de Centros Públicos de Navarra*”. En dicho listado de absentismos figuran varias causas relacionadas con datos personales relativos a la salud, tales como “*permisos técnicas fecundación*”, datos de familia numerosa, ampliación de maternidad, hijo con discapacidad... De este modo se puede acceder desde la web EDUCA a todos los datos de faltas y los motivos de las mismas, de todos los profesores del centro a un golpe de clic.

La AEPD constata, una vez iniciado el correspondiente sancionador, que se han introducido medidas técnicas para garantizar el acceso restringido a los motivos de las ausencias de los profesores.

#### 4.- BIOÉTICA

##### I.- PERSPECTIVA BIOÉTICA EN ONCOLOGÍA INFANTIL. APLICACIÓN DEL MÉTODO DELIBERATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ÉTICOS EN ONCOLOGÍA PEDIÁTRICA. MARÍA TASSO CERECEDA. REVISTA EIDON N° 39. ENERO-JULIO 2013.

Dos casos clínicos permiten ilustrar la utilidad del conocido como “*método deliberativo*” para la resolución de conflictos éticos, todos ellos en una especialidad médica como la “*oncología infantil*” en la que la incertidumbre alimenta la angustia, el sufrimiento familiar, y la desesperación por encontrar cualquier tipo de terapia que permita salir de este infierno.

En el primer caso clínico, se analiza la actitud de los padres de un menor de edad diagnosticado de tumor intrínseco de tronco del encéfalo. El único tratamiento eficaz es la radioterapia combinada con quimioterapia. Se informa a los padres de la existencia en un centro sanitario de otra CCAA de un ensayo clínico que los padres, deciden rechazar. Sin embargo, tras finalizar el tratamiento, solicitan que el centro aplique a su hijo el ensayo clínico.

Algunas de las interrogantes que se plantean son: ¿Debe el centro sanitario asumir los gastos de un tratamiento tan costoso que se encuentra en fase experimental en otra Comunidad Autónoma? ¿Es correcto desde el punto de vista ético someter al menor a tratamientos tan invasivos, y que aún se encuentran en fase experimental? ¿Podríamos estar, caso de que se acepte la petición de los padres, ante un supuesto de “*encarnizamiento terapéutico*”? ¿Qué papel juega la autonomía del menor?

En el segundo caso estamos ante una niña de 2 años que es intervenida de urgencias por tumoración cerebral supratentorial de lóbulo frontal izquierdo. La intervención es un éxito, pero la menor se tiene que someter a quimioterapia, posponiendo el equipo médico la radioterapia para evitar que a estas edades se provoquen graves secuelas en el cerebro.

Los padres se niegan a someter a su hija a este tipo de tratamientos, y se muestran más proclives a aplicar terapias alternativas. Problemas éticos: ¿Tienen los médicos que respetar esta decisión? ¿Habría que poner los hechos en conocimiento del ministerio fiscal para que se retire la patria potestad a los padres? ¿Deben los médicos imponer su criterio frente a la voluntad de los padres?

En este caso en concreto, se consiguió convencer a los padres para suministrar a la menor la quimioterapia. Sin embargo, el tratamiento no resultó eficaz y se suspendió. Los padres escogieron terapias alternativas, y poco tiempo después la niña experimentó deterioro neurológico progresivo y falleció.

En todos los casos, el proceso deliberativo atraviesa las siguientes fases:

1. Presentación del caso y discusión de los aspectos clínicos.
2. Identificación de los problemas morales.
3. Elección del problema a analizar.
4. Identificación de los valores en conflicto
5. Identificación de los cursos extremos de acción.
6. Búsqueda de los cursos intermedios de acción.
7. Decisión final
8. Pruebas de consistencia.

##### II.- LA GESTIÓN DE LA AUTONOMÍA EN LA PRÁCTICA CLÍNICA. ROGELIO ALTISENT. REVISTA EIDON N° 39 ENERO-JULIO 2013.

En este artículo el autor aborda la difícil cuestión de cómo gestionar la autonomía del paciente en la práctica clínica.

¿Cuánta información hay que facilitar al paciente? ¿Cómo se debe suministrar esa información? ¿Se actúa correctamente cuando el médico utiliza el mismo grado de persuasión con pacientes con discretas elevaciones de colesterol, que con pacientes que tienen

antecedentes familiares de infarto precoz? En definitiva, ¿están los pacientes adecuadamente informados?

El autor plantea una serie de propuestas, como introducir en las sesiones clínicas una cuidada reflexión sobre cómo se informa del pronóstico de los problemas de salud en relación con la toma de decisiones, y reivindica la importancia positiva que tiene la “*persuasión*” – no la coacción ni la manipulación– que, en ocasiones, constituye un verdadero deber moral del profesional sanitario.

### III.- LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE. JOSÉ ANTONIO SEOANE. FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE A CORUÑA.

El autor hace un recorrido por los orígenes de la autonomía del paciente en los Estados Unidos, y la evolución jurisprudencial que ha tenido en dicho país la figura del consentimiento informado hasta su recepción en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La Sentencia del juez Cardozo (1914) supuso el reconocimiento por vez primera de la autonomía del enfermo como un derecho a decidir sobre su propio cuerpo, cuya lesión, con independencia de la existencia de un resultado lesivo, genera responsabilidad.

Sin embargo en este primer momento sólo se exige del profesional sanitario el deber de recabar del paciente su consentimiento, pero no se pronuncia sobre el deber de informar previamente al paciente. La locución “*consentimiento informado*” surge por vez primera en 1957, y a partir de ese momento van a ir surgiendo una serie de problemas, como quién puede consentir o qué criterio hay que seguir para determinar la información que se debe facilitar al paciente:

1. El criterio de médico razonable.
2. El criterio de una persona razonable. Hay que facilitar la información que un hipotético paciente razonable desearía conocer para tomar una decisión libre.
3. El criterio de la persona razonable en la posición del paciente, teniendo en cuenta en este caso las necesidades reales de un paciente concreto, y no sólo de una hipotética persona razonable.

En nuestro país, la autonomía del paciente como derecho ha atravesado tres etapas:

1. Etapa preconstitucional sin que existiera un reconocimiento formal como derecho.
2. Etapa constitucional. El reconocimiento del derecho del paciente a la toma de decisiones.
3. Etapa de consolidación y profundización. Aprobación de la Ley de Autonomía del Paciente.
4. Etapa de ampliación. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), desarrollo reglamentario de la autonomía informativa (aprobación del RD 1720/2007 de la LOPD), o regulación de esta misma autonomía en el ámbito de la investigación biomédica.

Desde la perspectiva del profesional sanitario, la evolución del significado jurídico de la autonomía del paciente se ha dejado sentir en la expresión jurídica de la buena práctica clínica, la “*lex artis*”. Ésta ha dejado de ser definida únicamente desde criterios técnicos o médicos para tomar en consideración obligaciones de información, documentación y respeto de las decisiones del paciente.

### IV.- INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO DE ENSAYOS CLÍNICOS. MADRID, 23 DE JULIO DE 2013.

El Informe del Comité de Bioética de España pone especial énfasis en algunas novedades muy discutibles que incorpora el proyecto de reglamento en relación con el régimen de garantías para los sujetos del ensayo, como la realización de ensayos sin exigencia de suscripción de seguro, los conocidos como “*ensayos de bajo riesgo*” con medicamentos cuyo uso constituye un tratamiento estándar en España aún fuera de los términos de la autorización de comercialización. Asimismo también resulta polémica la exclusión de la reparación del seguro de las reacciones adversas conocidas en el momento en el que el sujeto otorga su consentimiento.

En cuanto a la información que se debe suministrar al sujeto que somete al ensayo clínico, el CBE aconseja:

1. Que se trabaje normativamente con conceptos comunes, sobre todo cuando la práctica clínica-asistencial y la propia de los ensayos clínicos se suelen presentar de forma conjunta.
2. Que se amplíe el contenido mínimo de la información que debe facilitar el investigador para incluir información acerca de las alternativas terapéuticas, el significado del término “*placebo*”, datos esenciales del seguro de responsabilidad civil del promotor, remuneración del investigador/equipo, así como las medidas adoptar en el caso en que se produzca un daño/efecto adverso durante el ensayo.

Otro aspecto interesante sobre el que llama la atención el CBE es la modificación del régimen del consentimiento informado tanto en lo que se refiere a los menores de doce o más años como respecto del “*menor maduro*”. El proyecto de reglamento introduce la novedosa figura del “*asentimiento*” para los menores de doce o más años, lo que merece la crítica del órgano consultivo por considerar que sería más apropiado que el futuro Real Decreto se pronuncie respecto del menor de doce años en los mismos términos que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En cuanto al menor maduro, el CBE propone adaptar la regulación a la regulación contenida en la Ley 41/2002, de modo que el menor de dieciséis años podrá decidir acerca del ensayo salvo que ponga en grave riesgo su vida o integridad física o psíquica.

Por último, el CBE muestra su discrepancia con la creación de los Comités de Ética de la Investigación con Medicamentos (CEIm), segregados de facto de los Comités de Ética de Investigación (CEI). Esta decisión podría vulnerar la Ley de Investigación Biomédica que establece que suprime los Comités Éticos de Investigación Clínica y establece que en un futuro solo existirán en este ámbito los Comités de Ética de la Investigación, y además provocará solapamientos, roces y desajustes entre ambos órganos- CEIm y CEIs- la demanda de protección de la salud: ¿Es ésta un derecho de contenido ilimitado? ¿Es moralmente aceptable que se defina exclusivamente por las necesidades y los deseos, que son infinitos?

