

## ACTUALIDAD JURÍDICA

# S U M A R I O

### 1. LEGISLACIÓN

Página

-  Determinación y clasificación de especialidades en Ciencias de la Salud y desarrollo de determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada 3
-  Requisitos para verificación de títulos universitarios oficiales que habiliten para ejercer la profesión de médico 3
-  Principios y directrices de buena práctica clínica y requisitos para autorizar la fabricación o importación de medicamentos en investigación de uso humano 3
-  Procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal laboral de la Red Hospitalaria de la Defensa 4
-  Adecuación de planes de estudio que habiliten el ejercicio de la profesión de Dentista 4
-  Adecuación de planes de estudio que habiliten el ejercicio de la profesión de Enfermería 4
-  Adecuación de planes de estudio que habiliten el ejercicio de la profesión de Farmacéutico 4
-  Adecuación de planes de estudio que habiliten el ejercicio de la profesión de Fisioterapeuta 5
-  Creación del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas 5
-  Delegación de competencias de la SGT de la Consejería de Sanidad de la JCCM 5

### 2. CUESTIONES DE INTERÉS

#### **ASISTENCIA SANITARIA:**

-  Procedimiento para acceder a la atención sanitaria para españoles retornados y para pensionistas y trabajadores españoles residentes en el exterior que se desplazan temporalmente al territorio español 6
-  Requisitos técnico-sanitarios de los proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento y de los servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria (CAM) 6

# S U M A R I O

- ☞ La Ley de Consumidores no se aplica al acto médico individual: Sentencia del TS [7](#)
- ☞ Reembolso de gastos de asistencia hospitalaria durante una estancia temporal en otro Estado miembro [7](#)

## PERSONAL:

- ☞ Servicios mínimos en huelga de Anestesiista y Reanimación: Sentencia TSJ de CLM [8](#)
- ☞ Médico estomatólogo y licenciado en odontología deben permanecer en colegios profesionales distintos. Sentencia del TS [9](#)
- ☞ Personal estatutario: Reclamación de reconocimiento de nivel profesional. Sentencia TS (Sala de conflictos) [17](#)
- ☞ Procedimiento extraordinario acceso Grado II de carrera profesional del personal estatutario sanitario de formación profesional y del personal estatutario de gestión y servicios del Servicio de Salud de C-LM [21](#)

## CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:

- ☞ Condiciones económicas aplicables en el año 2008 a las prestación de servicios concertados de asistencia sanitaria en el ámbito del Sescam [21](#)

### 3. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- ☞ Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina [22](#)

## BIOÉTICA

### 1. CUESTIONES DE INTERÉS

- ☞ ¿Por qué Bioética y Derecho? [23](#)
- ☞ El marco jurídico en la Bioética [23](#)
- ☞ Marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida [24](#)
- ☞ Código Internacional de Ética para los Profesionales de la Salud Ocupacional [24](#)
- ☞ Manual para la elaboración de Guías de Práctica Clínica [25](#)

### 2. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- ☞ I Curso de Gestión de Riesgos Clínicos y Seguridad del Paciente [25](#)
- ☞ Seminario de aspectos éticos y legales de la evaluación de tecnologías sanitarias [25](#)

# ACTUALIDAD JURÍDICA

## LEGISLACIÓN

- Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada.
  - o B.O.E. núm. 45 de 21 de febrero de 2008, pág. 10020
  
- Orden ECI/332/2008, de 13 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Médico
  - o B.O.E. núm. 40 de 15 de febrero de 2008, pág. 8351
  
- Orden SCO/362/2008, de 4 de febrero, por la que se modifica la Orden SCO/256/2007, de 5 de febrero, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de buena práctica clínica y los requisitos para autorizar la fabricación o importación de medicamentos en investigación de uso humano.
  - o B.O.E. núm. 41 de 16 de febrero de 2008, pág. 8738

- Real Decreto 187/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal laboral de la Red Hospitalaria de la Defensa.
  - o B.O.E. núm. 45 de 21 de febrero de 2008, pág. 10036
  
- Resolución de 14 de febrero de 2008, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Dentista.
  - o B.O.E. núm. 50 de 21 de febrero de 2008, pág. 11605
  
- Resolución de 14 de febrero de 2008, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Enfermería.
  - o B.O.E. núm. 50 de 21 de febrero de 2008, pág. 11605
  
- Resolución de 14 de febrero de 2008, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Farmacéutico.
  - o B.O.E. núm. 50 de 21 de febrero de 2008, pág. 11606

- Resolución de 14 de febrero de 2008, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2008, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Fisioterapeuta.
  - o B.O.E. núm. 50 de 21 de febrero de 2008, pág. 11607
  
- Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las empresas.
  - o B.O.E. núm. 52 de 29 de febrero de 2008, pág. 12373
  
- Resolución de 11-02-2008, de la Secretaría General Técnica, de delegación de competencias en el Director del Instituto de Consumo de Castilla - La Mancha, en el Secretario General del Servicio de Salud de Castilla - La Mancha y en los Delegados Provinciales de Sanidad.
  - o D.O.C.M. núm. 38 de 19 de febrero de 2008, pág. 4671

# CUESTIONES DE INTERÉS

## ATENCIÓN SANITARIA:

- Resolución de 25 de febrero de 2008, conjunta de la Dirección General de Emigración y de Dirección General del Instituto nacional de la Seguridad Social, por la que se regula el procedimiento para acceder a la asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y para pensionistas y trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente al territorio nacional.

Esta resolución se dicta en desarrollo del RD 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados. En ella se hace referencia a la tarjeta sanitaria de los españoles retornados y de los pensionistas y trabajadores por cuenta ajena españoles residentes en el exterior y al reconocimiento del derecho que en estos supuestos tiene carácter residual de forma que si carecen de recursos suficientes e cauce que se sigue sería el del RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

- o B.O.E. núm. 53 de 1 de marzo de 2008, pág. 12627

- Orden 101/2008, de 14 de febrero, del Consejero de Sanidad, por la que se regulan los requisitos técnico-sanitarios de los proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento y de los servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria.

*Texto completo:* <http://www.madrid.org>

-

- **La Ley de Consumidores no se aplica al acto médico individual:  
Sentencia del Tribunal Supremo**

La Sala Civil del Tribunal Supremo ha indicado que, en el ámbito civil la prestación individual médica o quirúrgica no debe ser enjuiciada bajo la Ley General de Consumidores y Usuarios. El Tribunal restringe esta norma a enjuiciar el correcto funcionamiento del servicio sanitario.

*Texto completo:* <http://www.aeds.org/>

- **Reembolso de gastos de asistencia hospitalaria durante una estancia temporal en otro Estado miembro**

La Comisión Europea ha decidido denunciar a España ante el Tribunal de Justicia de la UE por la negativa de las autoridades españolas a conceder un reembolso complementario por los gastos resultantes de la asistencia hospitalaria prestada en otro Estado miembro.

Según Bruselas, esa negativa priva a los ciudadanos europeos de un derecho reconocido en la legislación comunitaria.

La CE basa su denuncia en una sentencia del Tribunal de la Unión Europea (UE) que consideró que, en aplicación del principio de libre prestación de servicios, el reembolso de los gastos de un paciente tratado en un país de la Unión distinto al suyo "debía ser al menos idéntico al que se habría concedido en su Estado miembro de afiliación".

En dicha sentencia (C-368/98, de 12/07/2001), el Tribunal se pronunció sobre el reembolso de los gastos de la atención hospitalaria de un paciente autorizado a someterse a una intervención en otro Estado miembro.

Los jueces europeos consideraron que "el reembolso debía ser al menos idéntico al que se habría concedido al paciente si éste hubiera sido hospitalizado en su Estado miembro de afiliación".

Según el Tribunal, "esto podía conducir al pago de un reembolso complementario cuando la tarifa de reembolso del Estado miembro de afiliación del paciente fuera más ventajosa que la del país en el que se dispensaron los cuidados hospitalarios", señaló la Comisión en un comunicado.

La Comisión considera que la sentencia en cuestión debe aplicarse igualmente en el caso de un turista, un estudiante o cualquier persona que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro y necesite recibir asistencia hospitalaria.

Es decir, Bruselas cree que los ciudadanos europeos deben beneficiarse de ese derecho tanto si han sido autorizados previamente a seguir un tratamiento hospitalario en otro Estado como si han sido hospitalizados durante una estancia temporal

*Texto completo de la Sentencia:* <http://curia.europa.eu/>

### PERSONAL:

- **Servicios mínimos durante la huelga de Anestesia y Reanimación. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha.**

**Huelga en servicios hospitalarios. Servicios mínimos. Derecho a la protección de la salud vs. Derecho de huelga.**

A continuación se transcribe una interesante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en la que se analizan pormenorizadamente los límites del derecho a la huelga cuando entra en conflicto con otros bienes constitucionalmente tutelados, como es el derecho a la protección de la salud de los pacientes y usuarios. Tras recoger las conclusiones más relevantes de la doctrina constitucional al respecto, el TSJ concluye estimando que los servicios mínimos establecidos en el caso de la huelga de un servicio hospitalario son adecuados a derecho dado que *"en el conflicto determinante de la huelga, no sólo entran en juego los intereses de los trabajadores y los de la empresa en cuestión, sino también los de los usuarios de la sanidad, cuyo derecho a la salud se debe preservar y que no se puede sacrificar hasta el punto que la repercusión de la huelga suponga para ellos el mismo o parecido coste al que debe soportar la empresa (...) su derecho a la protección de la salud no admite graduaciones, ni que guarde una proporcionalidad en términos cuantitativos al número de efectivos disponibles"*



*Texto completo:*

- Médico Estomatólogo y licenciado en Odontología deben permanecer en colegios profesionales distintos. Sentencia del Tribunal Supremo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).  
Sentencia de 22 enero 2008

### Médicos especialistas en Estomatología, Colegiación.

**Resumen:** jurisprudencia anterior que les impone la obligación de afiliarse a los Colegios de Médicos, permitiéndoles la adscripción voluntaria a los Colegios de Odontología y Estomatología, cuyos fundamentos jurídicos no cabe entender modificados por lo dispuesto en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

**Jurisdicción:** Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación núm. 43/2006

**Ponente:** Excmo Sr. segundo menéndez pírez

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el CONSEJO ANDALUZ DE COLEGIOS OFICIALES DE DENTISTAS y por el COLEGIO OFICIAL DE DENTISTAS DE SEVILLA, representados por la Procuradora Sra. Montes Agustí, contra sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 7 de marzo de 2006, sobre Colegiación de Estomatólogos.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, D. Alvaro, representado por el Procurador Sr. Amado Alcántara, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso de Apelación nº 370/2005 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), con fecha 7 de marzo de 2006 , dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por Consejo Andaluz de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos contra la

sentencia dictada en 25 de enero de 2005 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Sevilla ; con imposición de las costas a la parte recurrente".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación en interés de la Ley la representación procesal del CONSEJO ANDALUZ DE COLEGIOS OFICIALES DE DENTISTAS y del COLEGIO OFICIAL DE DENTISTAS DE SEVILLA, mediante escrito en el que suplica a la Sala que dicte sentencia por la que, respetando la situación jurídica derivada de la sentencia recurrida, declare que ésta es errónea e infringe el ordenamiento jurídico, fijando la doctrina legal correcta que se propone en el fundamento de derecho séptimo, que literalmente dice:

<<La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, reconoce en su artículo 6.2 -c) la profesión sanitaria de Dentista de nivel Licenciado que puede ser ejercida tanto por los Licenciados en Odontología como por los Médicos Especialistas en Estomatología, sin perjuicio de que estos últimos, en su condición de Licenciados en Medicina, puedan ejercer también la profesión sanitaria de Médico conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 -a) del mismo cuerpo legal.

En virtud del principio de unidad de colegiación y los principios de colegiación única y obligatoria, cuando el Médico especialista en Estomatología ejerza la profesión sanitaria de Dentista conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2-c) de la Ley de ordenación de las Profesiones Sanitarias, se considera que el Colegio correspondiente de su profesión, según exige el artículo 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios profesionales, es el representado por el Colegio Oficial de Dentistas al que deberá pertenecer obligatoriamente en los términos previstos en el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales .>>

**TERCERO.-** La representación procesal de D. Alvaro formuló alegaciones al recurso interpuesto de contrario y suplica en su escrito a esta Sala que "...dicte Sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, con expresa imposición a la recurrente de las costas causadas".

**CUARTO.-** También el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, formuló alegaciones al recurso interpuesto y suplica en su escrito a esta Sala que dicte sentencia por la que sea declarado inadmisibile.

**QUINTO.-** Dada audiencia del recurso al Ministerio Fiscal, por el mismo se postula la inadmisión el presente recurso de casación en interés de la ley.

**SEXTO.-** Mediante Providencia de fecha 12 de diciembre de 2007 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 15 de enero de 2008, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Reafirmandose en la interpretación que este Tribunal Supremo alcanzó en dos sentencias anteriores -ambas de fecha 25 de junio de 2001, dictadas en los recursos contencioso-administrativos números 91 y 126 de 1999 -, concluyó otra posterior de fecha 20 de mayo de 2003, dictada en el recurso de casación número 289 de 1999, afirmando que "no puede imponerse a los médicos especialistas en Estomatología la colegiación obligatoria en los Colegios de Odontólogos, pues sobre éstos pesa la obligación de afiliación a los Colegios de Médicos", y añadiendo acto seguido que no hay impedimento para que tales médicos "puedan simultáneamente adscribirse, con carácter voluntario, a los Colegios de Odontología y Estomatología".

**SEGUNDO.-** A los efectos de resolver el recurso de casación en interés de la ley que ahora nos ocupa, los extensos y detallados razonamientos jurídicos que sustentan esa jurisprudencia pueden resumirse en estos términos:

(1) Principio general de unidad de la profesión médica. Aquí, la jurisprudencia que ahora extractamos transcribe, por considerarla la más expresiva, las palabras de una sentencia anterior de fecha 7 de mayo de 1993 : "[...] la profesión es una y sólo una (la de médico), siendo las especialidades variaciones de esa única profesión. El puro sentido común parece que también lleva a esta misma conclusión, si se observa que en general cualquier médico (sea o no especialista) puede atender cualquier enfermedad de cualquier enfermo, incluso sobre aspectos de especialidad ajena, ya que el título de especialista sólo es necesario para 'ejercer la profesión con este carácter' (artículo 1 del Real Decreto 127/1984, de 11 enero ), es decir, no para ejercer la profesión (en cualquier ámbito) sino para ejercerla como especialista".

(2) La especialidad de Estomatología. Aspecto éste en el que aquella jurisprudencia se sustenta en este conjunto de consideraciones:

"Un examen de los antecedentes normativos favorece la opinión de que el médico especialista en Estomatología pertenece primordialmente, desde el punto de vista profesional, al ámbito de la Medicina.

Resulta evidente que el médico especialista en Estomatología puede realizar funciones de Medicina General, vetadas al licenciado en Odontología. Se trata de determinar si estas funciones, en el caso del médico especialista en Estomatología, pueden considerarse independientes o ajenas al ejercicio de la Odontología o, por el contrario, son inseparables del ejercicio de las funciones propias de la misma. Si fuera así, no podría sostenerse que las funciones del médico especialista en Estomatología y del licenciado en Odontología constituyen la misma y única profesión odontológica.

Esta Sala no advierte que la normativa actualmente vigente permita separar las funciones de Medicina General de las realizadas por el médico especialista en Estomatología en su consulta, aun cuando se dedique específicamente a la profesión de odontólogo.

En efecto, la Ley 10/1986, de 17 de marzo de 1986, por la que se regula la profesión de odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental, establece en su disposición adicional que «La presente Ley en ningún modo limita la capacidad profesional de los médicos y, concretamente, de los especialistas en Estomatología y Cirugía Máxilo-Facial, que seguirán ejerciendo las mismas funciones que desarrollan actualmente, además de las señaladas en el artículo primero de esta Ley» y así lo corrobora el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio.

La importancia de esta referencia legislativa no puede ser omitida, dado el carácter central de la norma en esta materia. La misma no favorece la interpretación de la doble profesionalidad optativa de los médicos especialistas en Estomatología, que se inferiría de la posición de la parte recurrida, pues se refiere a las «funciones que desarrollan actualmente» los médicos especialistas en Estomatología, las cuales son adicionales respecto a las que corresponden a los licenciados en Odontología.

Dichas funciones se ofrecen en la redacción literal de la Ley como propias de dichos especialistas, y no como facultativas u optativas para los mismos si escogen dedicarse a la Medicina General, pues se dice que las «seguirán ejerciendo», en iguales términos que las correspondientes a la Odontología, respecto de las cuales aparecen como adicionales («además de...»).

La parte recurrida ha fundado básicamente su argumentación en que las funciones del médico especialista en Estomatología son idénticas a las de los licenciados en Odontología. De ahí deduce que se trata de la misma profesión.

Esta Sala admite que dichas funciones no difieren, desde el punto de vista técnico o externo, de las realizadas por el licenciado en Odontología. Pero entre este hecho y la conclusión de que la profesión de ambos titulados es idéntica existe un lapso que no puede salvarse fácilmente a la vista de la dicción legal que estudiamos. Parece evidente que la Ley ha querido subrayar que el médico especialista en Estomatología, incluso en el caso de que no realice actos médicos independientes de la Odontología, mantiene, en virtud de su titulación, el sentido específico de la profesión médica con carácter inseparable del desarrollo de su especialidad. Considera, en efecto, que está habilitado, desde el punto de vista de su aptitud profesional (capacidad, dice la Ley), y con carácter actual y no sólo potencial, para algo más que aquello que puede realizar el odontólogo.

Sin duda ello responde a la voluntad del legislador de dar prevalencia al principio de libertad profesional y de responsabilidad en la actuación del médico especialista en Estomatología para elegir y llevar a cabo los actos de carácter médico -y emprender la forma de ejecución- que considere adecuados según las circunstancias a la *lex artis* (reglas del arte) de la Medicina, con independencia de que estén más o menos

estrechamente relacionados o más o menos estrictamente comprendidos en las actividades propias de la profesión odontológica.

Dentro de las mismas funciones, la Ley admite, pues, que los actos del médico especialista en Estomatología están informados por un sentido profesional médico, al igual que ocurre con los médicos especialistas en Cirugía Máxilo-Facial, respecto de los cuales no se ha planteado el problema, a pesar de ser objeto hoy de la misma consideración jurídica por la Ley 10/1986. La exposición de motivos emplea, para explicar este concepto, la palabra «nivel médico»: «Las especialidades médicas en Estomatología y Cirugía Máxilo-Facial continuarán siendo el máximo nivel médico especializado en este campo de salud, y verán completadas sus posibilidades efectivas de actuación con la colaboración e integración de los profesionales que antes han quedado reseñados».

(3) Derecho Comunitario Europeo. Aquí, con análisis en este punto de las Directivas 78/686/CEE y 78/687/CEE y de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de noviembre de 2001, Sala Quinta, asunto C-202/99 , Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, afirma la jurisprudencia que extractamos que "desde el punto de vista del Derecho comunitario, la autonomía a efectos colegiales y profesionales de la profesión de odontólogo frente a la de los médicos, sean o no especialistas en Estomatología, no ofrece duda alguna".

(4) Evolución de la realidad social que debe tenerse en cuenta para la interpretación de las normas. Extremo éste en el que el razonamiento jurídico de la repetida jurisprudencia puede a su vez extractarse en una serie de consideraciones que conducen además y finalmente a explicar las razones por las que se aparta de la doctrina de signo contrario que había sentado la sentencia de 25 de mayo de 1992:

"La inclusión de odontólogos y estomatólogos, con carácter obligatorio, en unos mismos Colegios por la Orden de 13 de noviembre de 1950, modificada en 1952, tuvo, sin duda, una justificación histórica.

[...] desde la Orden de 25 de febrero de 1948, la cual dispuso que la Escuela de Odontología se transformara en Escuela de Estomatología, para tener acceso a la Odontología se debía obtener previamente el título de especialista en Estomatología, lo que implicaba haber cursado en su integridad la Licenciatura de Medicina.

[...] la creación de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos está presidida, pues, por una situación en la que el acceso a la profesión, anteriormente determinada por distintos títulos, pasaba a condicionarse a la titulación médica. Era razonable que se incluyese a los nuevos especialistas [los Estomatólogos] en el mismo Colegio, pues éstos eran los únicos que podían tener acceso a la profesión y la sustantividad del Colegio se justificaba por la existencia de un numerosísimo grupo de profesionales que habían tenido acceso en virtud de títulos históricos ajenos a la Medicina - cirujanos dentistas y, a partir de 1901 hasta 1948, odontólogos- y de los que seguían teniéndolo en virtud de homologación de títulos extranjeros asimilables a aquellos títulos.

Sin embargo, esta situación inicia un vuelco decisivo a raíz de la Ley 10/1986 y el Real Decreto 970/1986, los cuales establecen el título oficial de licenciado en Odontología, ajeno a cualquier especialidad médica, desarrollando Directivas de la Unión Europea, frente al Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, el cual, en su anexo único, apartado 3, relaciona, entre otras, como especialidad médica que no requiere formación hospitalaria, la «Estomatología». A partir de este momento, en consecuencia, se inicia un proceso durante el cual las situaciones de derecho transitorio irán desapareciendo para aproximarse a una situación en que la profesión de odontólogo se nutrirá exclusivamente de profesionales con un título específico, el de licenciado en Odontología, y existirán unos especialistas médicos, los médicos especialistas en Estomatología que, como profesionales médicos, es decir, desde un ángulo profesional distinto fundado en diferentes titulación y habilitación profesional, desempeñarán las mismas funciones.

La especialidad de Estomatología está hoy reconocida como especialidad médica con esta denominación como distinta de la profesión de odontólogo en el Real Decreto 1691/1989, de 29 de diciembre de 1989, por el que se regula el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de médico y de médico especialista de los Estados miembros de la CEE, el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios. Dicho reconocimiento responde a la transposición de las Directivas 75/362/CEE, 75/363/CEE y 81/1987/CEE, que recogen dicha especialidad.

De la situación creada a raíz de la Ley de 1986 resulta, pues, la necesidad de reformar los Estatutos de la profesión de odontólogo, para respetar el principio de unidad de la profesión médica, en el sentido de no imponer la afiliación obligatoria a los médicos especialistas en Estomatología a los Colegios de Odontólogos. [...].

La tradición en la regulación de unos Colegios territoriales de odontólogos que incluyen a los estomatólogos resulta desvirtuada cuando adquiere implantación el sistema con arreglo al cual el acceso a la Odontología depende de un único título específico, el de licenciado en Odontología, y la especialidad médica en Estomatología se concibe como una especialidad médica sujeta al régimen general, distinta de aquella.

[...] La consideración social como profesión autónoma de la Estomatología y la falta de autonomía de la especialidad médica de Estomatología respecto de la Odontología sufre una sustancial variación a partir de la implantación de la Licenciatura en Odontología. Dicha especialidad deja de ser la forma única y específica de acceso a la Odontología y la Licenciatura en Odontología pasa a ser la forma específica, aunque no única, para dicho acceso. Paralelamente, la Ley que establece dicha Licenciatura reconduce a los médicos especialistas en Estomatología a un nivel médico autónomo, al reconocer que desempeñan funciones distintas y mantenerlas como adicionales a las propias de la Odontología. Los avatares ligados al reconocimiento de dicha especialidad, condicionados por la transposición de las directivas comunitarias ya citadas, dan un carácter definitivo, en el marco del Derecho europeo, a la nueva situación. [...]."

**TERCERO.-** El recurso de casación en interés de la ley que ahora resolvemos, interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas y por el Colegio Oficial de Dentistas de Sevilla contra una sentencia de la Sala territorial de esa ciudad de fecha 7 de marzo de 2006 , que en apelación (recurso número 370/2005) y aplicando la jurisprudencia antes extractada confirmó otra del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de la misma Capital de fecha 25 de enero de 2005 (recurso 81/2004), defiende que dicha jurisprudencia debe entenderse hoy gravemente dañosa para el interés general y errónea, pues la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, reconoce en su artículo 6.2 .c) como una de ellas la profesión de "dentista", a ejercer por los Licenciados en Odontología y por los Médicos Especialistas en Estomatología. Hay ahí el reconocimiento legal de una sola, de una misma profesión, que impide que quienes la ejerzan hayan de pertenecer obligatoriamente y en función de su distinta titulación a Colegios Profesionales distintos. La realidad normativa ha vuelto a modificarse, lo que exige una nueva revisión de aquella jurisprudencia. Hay en esa Ley un reconocimiento de la unidad de profesión que ejercen los odontólogos y estomatólogos y, por tanto, la imposibilidad de permanecer obligatoriamente en Colegios distintos. El legislador no ha querido mantener el criterio de la repetida jurisprudencia al no reconocer en la Ley la profesión de "Odontólogo" y sí la de "Dentista". Ha querido matizar la igualdad de funciones entre Odontólogos y Estomatólogos, sin hacer distinción de competencias en aquel artículo 6.2 .c). Ha querido llevar a cabo la separación de funciones en los estomatólogos, distinguiendo entre la profesión de Médico y la de Dentista; pueden ejercer alternativa o conjuntamente una segunda profesión, la de Médico, pero no en el campo de la salud buco-dental por estar reservado a los Dentistas.

**CUARTO.-** Pues bien, pese a los argumentos de la parte recurrente, no compartimos el criterio de que las normas de la Ley 44/2003 contradigan las razones jurídicas que hemos transcrito al dar cuenta de aquella jurisprudencia, convirtiéndola en errónea. En esencia, porque esa jurisprudencia surge en presencia, también, de una situación similar a la que contempla aquel artículo 6.2 .c), esto es, en presencia de una que también reconocía la existencia de una profesión, la de Odontólogo, diferenciada de la de Médico, pues no otra cosa resulta desde la sola lectura de Ley 10/1986 ; y porque el núcleo central de aquélla, construido sobre la base de lo ordenado en la Disposición adicional de esta Ley 10/1986 , sigue subsistiendo, ya que ni ésta ni su Disposición adicional son derogadas por la Ley 44/2003 ; la cual, además, inicia las previsiones de su artículo 6.2 con una que no entra en contradicción con la de esa Disposición adicional, sino que, más bien, se mueve en la misma línea o responde a la misma idea, pues dice que lo que establece lo es "sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario".

---

El recurso debe, por tanto, ser desestimado.

**QUINTO.-** Este pronunciamiento y no el de inadmisión alegado o pretendido por las partes recurridas e incluso por el Ministerio Fiscal es el que realmente procede, pues aun siendo cierto que el recurso de casación en interés de la ley exige como presupuesto para su admisión que no exista doctrina legal sobre la cuestión que se suscita (así, por todas, en el fundamento de derecho tercero de nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2004 ), no lo es menos que la doctrina legal reflejada en aquella jurisprudencia extractada no debe operar como obstáculo para la admisión y examen de un recurso de casación en interés de la ley que, como éste, la tacha de errónea, pero no por discrepar de las razones jurídicas en que se sustentó, sino por considerar que ya no se adecua a una posterior modificación del ordenamiento jurídico.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto y dado el contenido de los escritos de alegaciones de las partes personadas, el importe de los honorarios del Letrado defensor de cada una de éstas no podrá exceder de 3000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

#### **FALLAMOS**

**NO HA LUGAR** al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la representación procesal del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Dentistas y del Colegio Oficial de Dentistas de Sevilla contra la sentencia que con fecha 7 de marzo de 2006 dictó la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de apelación número 370 de 2005. Con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en este recurso de casación, con el límite fijado en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-**

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo, el Secretario, certifico.



reclamación del III Nivel Profesional [Resolución de 15/05/03], que dio lugar al procedimiento abreviado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Tarragona, en el que se dicta Auto de 19/10/05, por el que se declara la incompetencia del orden contencioso para conocer el fondo del asunto y se indica la competencia de la jurisdicción social.

### TERCERO

Una vez firme el Auto anterior, la parte actora formula el 23/11/05 demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarragona, al que se acumula reclamación presentada en 13/02/06, sobre reconocimiento de derecho y cantidad.

### CUARTO

En fecha 20/04/06 el referido Juzgado dictó sentencia, cuya parte dispositiva se acuerda estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por el ICS, deja imprejuzgada la cuestión de fondo y remite a las partes a los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo.

### QUINTO

Por la parte actora se formuló recurso por Defecto de Jurisdicción en su escrito presentado en fecha 04/05/06 ante el Juzgado de lo Social citado, que da lugar al presente conflicto de competencia, todo ello al amparo del art. 50 LOPJ ( RCL 1985, 1578, 2635) y, recibidas las actuaciones, se mandó formar el oportuno rollo y se reclamaron las correspondientes al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona recibidas las cuales se dio vista al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de declarar la competencia para conocer de este asunto a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### SEXTO

Por providencia de 16/02/07, se señaló para la decisión del presente conflicto la audiencia del día 27/02/07, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. ....

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

1.-Son datos trascendentes en orden a determinar la competencia jurisdiccional para conocer la cuestión debatida en las presentes actuaciones, las tres que siguen: a) la reclamante es personal estatutario al servicio del ICS; b) la demanda se formula el 14/06/05; y c) la reclamación va dirigida al reconocimiento del III Nivel Profesional y a sus inherentes consecuencias.

2.-La referida fecha de presentación de la demanda determina que en el presente caso

hayamos de aplicar criterio de esta Sala de Conflictos que se inicia Auto de 20/06/05 y que se mantiene en el de 24/01/06. Doctrina también seguida por la Sala Cuarta en las resoluciones posteriores al primero de aquellos Autos (así, SSTs 16/12/05 -rec. 39/04 y Sala General-; 16/12/05 -rec. 199/04 y Sala General-; 21/12/05 -rec. 4758/04 y Sala General-; 21/12/05 rec. 164/05 y Sala General-; 14/02/06 -rec. 5359/04-; 21/02/06 -rec. 4756/04-; 16/03/06 -rec. 4811/04 ; 11/04/06 -rec. 102/05-; 05/06/06 -rec. 836/05-; 20/06/06 -rec. 156/05-; 10/07/06 -rec. 2210/05-; 10/07/06 -rec. 2625/05-; 12/07/06 -rec. 2873/05-; 21/07/06 -rec. 2883/05-; 05/10/06 -rec. 1699/05 -; 13/07/06 -rec. 4014/05-; 18/09/06 -rec. 2084/05-; 19/09/06 -rec. 3145/05-; 20/09/06 -rec. 3203/05-; 20/09/06 -rec. 3844/05-; 20/09/06 -rec. 4996/05-; 26/09/06 -rec. 3584/05-; 29/09/06 -rec. 4966/05-; 04/10/06 -rec. 4384/04-; 06/10/06 -rec. 3026/05-; 09/10/06 -rec. 1503/05 -; 09/10/06 -rec. 1988/05-; 09/10/06 -rec. 2047/05-; 10/10/06 -rec. 4315/05-; 10/10/06 -rec. 5361/05-; 11/10/06 -rec. 3204/05-; 11/10/06 -rec. 3210/05 -; 11/10/06 -rec. 3226/05-; 11/10/06 -rec. 4003/05-; 11/10/05 -rec. 4350/05-; 16/10/06 -rec. 3964/05-; 17/10/06 -rec. 3349/05-; 17/10/06 -rec. 3497/05-; 17/10/06 -rec. 4317/05-; 20/10/06 -rec. 4797/05-; 24/10/06 -rec. 3002/05-; 24/10/06 -rec. 3231/05-; 24/10/06 -rec. 4326/05 -; 24/10/06 -rec. 5514/05-; 08/11/06 -rec. 4140/05-; 09/11/06 -cas. 151/06-; 13/11/06 -rec. 2906/05 -; 05/12/06 -rec. 3209/05-; 12/12/06 -rec. 3437/05-; 6/12/06 -rec. 3180/05-; 12/12/06 -rec. 3847/05-; 12/12/06 -rec. 4042/05-; 12/12/06 -rec. 4168/05-; 12/12/06 -rec. 5420/05-; 12/12/06 -rec. 5507/05-; 18/12/06 -rec. 4117/05-; 18/12/06 -rec. 4916/05-; 18/12/06 -rec. 4941/05-; 19/12/06 -rec. 2563/05-; 19/12/06 -rec. 3047/05-; 19/12/06 -rec. 3846/05-; 19/12/06 -rec. 4408/05-; 19/12/06 -rec. 4554/05 -; 19/12/06 -rec. 4711/05-; 20/12/06 -rec. 4957/05-; 20/12/06 -rec. 5047/05-; 20/12/05 -rec. 5314/05-; 20/12/06 -rec. 5509/05-; 21/12/06 -rec. 1881/05-; 21/12/06 -rec. 2794/05-; 21/12/06 -rec. 2999/05-; 21/12/06 -rec. 3251/05-; 21/12/06 -rec. 3367/05-; 21/12/06 -rec. 3369/05-; 21/12/06 -rec. 3999/05-; 21/12/06 -rec. 4681/05-; 21/12/06 -rec. 5508/05-; 22/12/06 -rec. 122/06-; 22/12/06 -rec. 4325/05-; 22/12/06 -rec. 5286/05-; 26/12/06 -rec. 3189/05-; 26/12/06 -rec. 3264/05-; 26/12/06 -rec. 3958/05-; 27/12/06 -rec. 3049/05-; 27/12/06 -rec. 3168/05-; 27/12/06 -rec. 3941/05-; 27/12/06 -rec. 4318/05-; 27/12/06 -rec. 4796/05-; 28/12/06 -rec. 4323/05 -; 16/01/07 -rec. 3300/05), en términos siempre coincidentes y en número tan considerable que aconsejan resumir los argumentos en las mismas esgrimidos a favor de la competencia del Orden Contencioso-Administrativo.

## SEGUNDO

1.-Con anterioridad a la Ley 55/2003, que aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [en vigor desde el 18/12/03, conforme a la DF Tercera], las normas reguladoras de la materia competencial objeto de enjuiciamiento [reclamaciones por parte de personal estatutario del Insalud] eran exclusivamente las que siguen: a) el art. 9.4 LOPJ, que atribuye a los Tribunales y Juzgados del Orden Contencioso-Administrativo el conocimiento de las «pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se derive»; b) el art. 9.5 de la misma LOPJ, que señala al Orden social como el competente para conocer «de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos»; c) el art. 2.º de la LJCA, que reitera la competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de la

responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive; d) el art. 3.ª de la misma LJCA, que excluye las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccional, civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública; e) el art. 2.º p LPL, que encomienda a los órganos jurisdiccionales del Orden social conocer «cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por normas con rango de Ley»; y f) complementariamente, el art. 45 LGSS/1974 era la norma que atribuía específicamente al orden social la competencia para conocer de las contiendas suscitadas por los empleados estatutarios [la derogación operada por la DA Decimosexta de la Ley 30/1984 -de 2 agosto -únicamente va referida al personal funcionario que relaciona y no alcanza a los indicados estatutarios], con lo que la atribución de competencia viene dada por disposición con rango de Ley, tal como exige el ya referido art. 2.º p) LPL (así, de la Sala IV, SSTs 08/07/04 -rec. 984/03 - y 27/12/02 -rec. 374/02 -).

2.-Pero el panorama normativo que en la actualidad impera ha variado sustancialmente con la publicación de la referida Ley 55/2003, siendo así que:

a) el Estatuto Marco del Personal Estatutario califica de «relación funcional especial» la existente entre el personal -antes estatutario- que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado y su empleadora (art. 1);

b) después de las transferencias, este personal ya no es empleado de las Entidades Gestoras o Servicios de las mismas, sino de la Comunidad Autónoma correspondiente, y ya no se rige por sus primitivos estatutos de personal [ Decreto 3160/1966, de 23/diciembre, para el personal médico; la OM de 5/julio/1971 , para el personal no sanitario; y la OM de 26/abril/73 , para el personal auxiliar sanitario titulado y personal auxiliar de clínica], sino por el nuevo Estatuto Marco;

c) la DD Única de la referida Ley 55/2003 preceptúa que quedan «derogadas, o se considerarán, en su caso, inaplicables [...], cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta ley»;

d) en la nueva normativa no hay específico precepto que venga a perpetuar la anómala situación vigente con anterioridad -art. 45 LGSS/74-, atribuyendo a la jurisdicción social el conocimiento de cuestiones relativas a quienes no son trabajadores en el sentido laboral del término, sino funcionarios, y se rigen por normas administrativas; y

e) conforme a ello habrá de entenderse tácitamente derogado el art. 45.2 LGSS/74 [vigente tras la publicación de la LGSS/94, a virtud de su DD Única a).1 ], que era el precepto que atribuía al Orden social de la jurisdicción la competencia para conocer de las cuestiones contenciosas suscitadas entre las EEGG y su personal. Y por su virtud [derogación] habrá de entenderse que tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003 la competencia de que tratamos corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad a los arts. 9.4 LOPJ y 1 Ley 29/1998 [13/julio].

### TERCERO

Por todo lo expuesto y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal procede declarar la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de la

cuestión debatida. Y en consecuencia,

**LA SALA ACUERDA:**

Declarar la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer del litigio promovido por Doña .....contra el Instituto Catalán de la Salud sobre solicitud de III Nivel de Carrera Profesional, devolviendo las actuaciones a los respectivos Juzgados que las remitieron acompañadas de certificación de la presente resolución; sin hacer expresa imposición de costas.

Así lo acuerdan y firman los Excmos. Sres. Magistrados que han constituido Sala para ver y decidir el presente Conflicto de Competencia, lo que como Secretario certifico.

- Resolución de 28-01-2008, de la Consejería de Sanidad, por la que se convoca el procedimiento extraordinario acceso al Grado II de carrera profesional del personal estatutario sanitario de formación profesional y del personal estatutario de gestión y servicios del Servicio de Salud de C-LM

- o D.O.C.M. núm. 34 de 14 de febrero de 2008, pág. 4201

**CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:**

- Resolución de 17-01-2008, del Sescam, de la Dirección Gerencia, sobre las condiciones económicas aplicables en el año 2008 a la prestación de servicios concertados de asistencia sanitaria, en el ámbito de gestión del Sescam.

- o D.O.C.M. núm. 32 de 12 de febrero de 2008, pág. 4012.

---

# FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- Congreso Internacional: Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina.

El Congreso convocado por las Facultades de Derecho de las Universidades Pontificia Comillas de Madrid, DEUSTO y ESADE, tiene como objetivo la reflexión jurídica interdisciplinar sobre los retos que al Derecho le plantean los avances, de la Ciencia médica. Partiendo de un conocimiento cercano de la realidad médica, con este Congreso se pretende llevar a cabo un análisis científico-jurídico de la misma a través de una reflexión crítica y discernida que pueda contribuir a formular propuestas que incidan en una mejora en la tutela de los derechos más dignos de protección que están en juego.

**Fecha:** del 16 al 18 de junio de 2008

**Lugar:** Madrid

**Teléfono:** 91 542 28 00. Ext. 2262

**Más información:** <http://www.upcomillas.es>

# BIOÉTICA

## CUESTIONES DE INTERÉS

### - ¿Por qué Bioética y Derecho?

La Bioética tiende al reconocimiento de la pluralidad de opciones morales presentes en las sociedades actuales, propugnando la necesidad de establecer mínimos acuerdos. Los procedimientos que permitan decisiones consensuales tienen una importancia fundamental. Si no hay acuerdo, el Derecho deberá establecer los límites de lo permitido; de ahí deriva la estrecha relación entre Bioética y Derecho, entendido como norma de conducta que emana de la voluntad de todos.

Unir las nociones de Bioética y Derecho es importante, no para juridificar a la primera, sino para entender los valores constitucionales y los "principios generales de las naciones civilizadas" como acuerdo mínimo: a la luz de la Declaración de Derechos Humanos y de las demás declaraciones internacionales y convenios que forman parte de nuestro acervo común. Los Derechos Humanos constituyen a la vez la base jurídica y el mínimo ético irrenunciable sobre los cuales se asientan las sociedades democráticas.

*Texto completo:* <http://www.scielo.cl/>

### - El marco jurídico en la Bioética

La biojurídica, nueva rama del Derecho, ha surgido para establecer un cauce jurídico que impida sobrepasar unos límites y garantizar el respeto a la dignidad y a los derechos del hombre. Esta nueva disciplina interpela al hombre, que es el único sujeto de la ley moral y solamente su vida constituye un principio ordenador del Derecho, cuyas leyes se promulgan para obtener la protección efectiva de la vida y de los derechos humanos. No hay una bioética global en la que haya que integrar a todos los seres vivos; éstos pertenecen a otra ciencia, que se rige por leyes distintas a la ética, que es la ecología. A la opción bioética relativista se opone la concepción de la moral reconocida, explícitamente, en las normas jurídicas como referente objetivo necesario al interpretar

los derechos humanos. Quienes propugnan una «ética de mínimos» consensuada confunden el ámbito de la ética con el jurídico.

*Texto completo:* <http://www.aebioetica.org>

#### - Marco Constitucional de la asistencia sanitaria no consentida

En el presente artículo el autor nos habla de que elaborar una interpretación alternativa de los derechos fundamentales involucrados en la asistencia sanitaria no consentida, puede hacerse desde un doble punto de vista. Por una parte, defendiendo que la Constitución consagra un derecho fundamental a disponer de la propia vida y, por otra, una intervención médica realizada contra la voluntad expresa del paciente, y sin que dicha negativa suponga afección alguna en bienes o derechos constitucionales ajenos a su esfera jurídica es constitucionalmente injustificable. Concluyendo que imponer un determinado tratamiento médico en contra de la voluntad expresa del paciente en las condiciones referidas, no constituye un límite constitucionalmente legítimo a sus derechos fundamentales sino, su manifiesta vulneración.

*Texto completo:* <http://www.ajs.es/>

#### - Código Internacional de la Ética para los profesionales de la salud ocupacional.

El objetivo de la práctica de la salud ocupacional es promover y proteger la salud de los trabajadores, mantener y mejorar su capacidad y habilidad para el trabajo, contribuir al establecimiento y mantenimiento de un ambiente seguro y saludable para todos, así como promover la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, teniendo en cuenta su estado de salud.

Este documento puede ser utilizado para la elaboración de códigos nacionales de ética y para propósitos educativos. También puede servir como un estándar para definir y evaluar la conducta profesional. Su propósito es contribuir también al desarrollo de una serie común de principios para la cooperación entre todos aquellos actores interesados, así como para promover el trabajo en equipo y el abordaje multidisciplinario en salud ocupacional. Además proporciona un marco que permite documentar y justificar desviaciones de prácticas aceptadas y establecer responsabilidades a los que no hacen explícitas sus motivaciones.

*Texto completo:* <http://www.icohweb.org>

---

- **Manual para la elaboración de guías de práctica clínica**

La Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud ha publicado un manual metodológico para la elaboración de guías de práctica clínica (GPC). Este manual tiene como objetivo ser una referencia para todos los profesionales interesados e implicados en la elaboración de guías de práctica clínica y para los profesionales interesados en la metodología subyacente en las GPC.

*Texto completo:* <http://www.msc.es/>

---

# FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- I Curso de Gestión de Riesgos Clínicos y Seguridad del paciente

*Fecha:* del 4 de abril al 16 de mayo

*Fecha de inscripción:* 18 de marzo de 2008

*Lugar:* Hospital General de Ciudad Real

*Más información:* <https://sescam.jccm.es>

- Seminario de aspectos éticos y legales de la evaluación de tecnologías sanitarias

*Organiza:* SEDISA, Sociedad de Directivos de la Salud

*Fecha:* junio 2008.

*Lugar:* Trujillo

*Más información:* [www.europapress.es](http://www.europapress.es)



Recurso nº de

SENTENCIA nº

SALA DE LO CONTENCIOSO  
Administrativo Sección 2ª

Ilmos. Sres.:  
Presidente:

En la ciudad de , a  
Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de los presentes autos número de del recurso contencioso administrativo seguido a instancia de representado por el Procurador y dirigido por el letrado representado por el letrado , siendo parte el Ministerio Fiscal., contra resolución de servicios mínimos en procedimiento de tutela de derechos fundamentales; siendo ponente

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por la representación se interpone recurso contencioso administrativo el día contra la resolución de emitida por la Consejería de Sanidad por la que se mantienen los servicios en el Servicio de Salud de durante la prórroga de la huelga de los facultativos del Servicio de Anestesia y Reanimación del Hospital , publicado , por vulneración del art. 28.2 de la Constitución Española. En su escrito de demanda el demandante tras considerar que la resolución de servicios mínimos debido al número excesivo de facultativos que debían atenderlos vulneraba el derecho fundamental de la huelga terminaba suplicando la anulación de la resolución de y en su lugar se dicte una nueva resolución por la que se impongan unos servicios mínimos de 4 facultativos los lunes para permitir el descanso legal de 36 horas y 5 los demás días de la semana; alternatively se recoja por el Tribunal que los servicios mínimos se disminuirán en la misma proporción que la plantilla se vea disminuida por diferentes contingencias ( 2 bajas, 1 jubilación, sendos permisos de boda y paternidad, etc), o en su defecto los servicios resultantes del Decreto Resolución de fecha

Segundo: La Administración contestó a la demanda oponiéndose a la misma y afirmando la legalidad y corrección de la resolución recurrida. Asimismo contestó el Ministerio Fiscal solicitando la estimación de la demanda por mediar vulneración del art. 28.2 de la Constitución, debido a la falta de motivación de la resolución.

Tercero: Recibido el pleito a prueba y practicadas las pertinentes, presentados que fueron los escritos de conclusiones para votación y fallo se señaló el día

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: se interpone demanda contra la resolución de emitida por la Consejería de Sanidad



por la que se mantienen los servicios durante la prórroga de la huelga

Frente al Decreto de Servicios mínimos que los establecía en 7 anestesistas en jornada de mañana y 2 anestesistas de guardia de presencia física los actores pretenden que se anule la mentada resolución y queden establecidos los servicios mínimos en 4 facultativos los lunes para permitir el descanso legal de 36 horas; y 5 los demás días de la semana; alternatively que se recoja por el Tribunal que los Servicios Mínimos se disminuirán en la misma proporción que la plantilla se vea disminuida por diferentes contingencias (dos bajas, 1 jubilación, sendos permisos de boda y paternidad, etc), o en su defecto, los servicios resultantes del Decreto                      Resolución de fecha                      Los recurrentes consideran que han cambiado las circunstancias tenidas en cuenta para el establecimiento de los servicios mínimos como son la jubilación de un facultativo exento de guardias, dos facultativos en situación de baja de larga duración, el disfrute de las vacaciones anuales reglamentarias, el disfrute de los créditos sindicales horarios así como los permisos previstos. Se debe partir de una plantilla efectiva de 12 personas; partiendo de este número y teniendo en cuenta el sistema de guardias y descansos el número de efectivos de la plantilla quedaría reducido a 10 personas, lo que dificulta el disfrute de las vacaciones y merma la calidad en la prestación del servicio, llegando a una situación que según los recurrentes es de carácter insostenible.

Por la representación letrada de                      se contesta alegando las razones que justificaron el establecimiento de los servicios mínimos de acuerdo con la resolución de                      están contenidos en la misma y se mantienen, lo que es motivación suficiente para su establecimiento. También se señala la situación de litispendencia con relación al cumplimiento de la sentencia                      del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1                      dictada en el P.A.                      y sentencia en el P.A.                      como motivación de la huelga invocada de contrario y que sin embargo han sido recurridas por la representación de

No se puede hacer un planteamiento exclusivamente desde el punto de vista cuantitativo de la plantilla para el establecimiento de los servicios mínimos sino que se debe tener sobre todo en cuenta las necesidades de los servicios sanitarios que demanda la población a la vista de la larga duración del conflicto. Considera que la larga duración de la huelga afecta a la organización de los cuadros de vacaciones pero que en cualquier caso están garantizados ya que su disfrute es posible hasta el 15 de enero del año siguiente al de su devengo, incluso se admite la posibilidad de su goce en fecha posterior. El ejercicio del derecho de huelga debe guardar una proporcionalidad en los perjuicios mutuos que las partes en conflicto se pueden causar pero también deben preservarse los derechos de los terceros ajenos al conflicto que son muchas veces los destinatarios de los servicios prestados con el carácter de esenciales. En los comunicados de prensa emitidos por el convocante de la huelga se pone de manifiesto que el ejercicio de la huelga está teniendo los efectos esperados en la prestación de los servicios públicos sanitarios.

Con posterioridad a los plazos de demanda y contestación debe tenerse en cuenta que ante la situación de baja laboral de 7 de los 14 facultativos, la situación de vacaciones anuales de dos de los médicos, además de los permisos que hacen inviable el mantenimiento del sistema de organización del trabajo se han dictado por la Dirección del Hospital diversos acuerdos por los que se acuerda la modificación excepcional y transitoria del sistema de organización de guardias en el Servicio de Anestesiología y Reanimación fijado en la Resolución de                      de modo que las mismas se desarrollen por un facultativo de guardia localizada con obligación, este último, de comparecer en el Hospital



para la prestación de servicios a requerimiento del Jefe de la guardia. Consta en autos que esta situación se ha ido prorrogando hasta por lo menos el 1 de octubre de 2007. Asimismo y según el cuadro de vacaciones de la plantilla del personal Facultativo Especialista de Área de la especialidad de Anestesiología y Reanimación del Hospital hay catorce facultativos con vacaciones pendientes de disfrute.

Segundo: Como precedente de la presente resolución en el auto de fecha de denegación de las medidas cautelares solicitadas por la parte recurrente consistentes en la solicitud de suspensión cautelar de los servicios mínimos impugnados e impuestos en virtud de resolución de decíamos lo siguiente: “Baste la lectura de la disposición que acuerda la prórroga de los servicios mínimos ya decretados para comprender que contiene la motivación exigida constitucionalmente para restringir un derecho fundamental como es el de huelga, sujeto a los límites también definidos en nuestra Constitución. El problema se plantea en términos de una supuesta desproporción que existe entre la exigencia de atención de los servicios mínimos impuesta por la Administración para preservar los derechos a la salud de los ciudadanos con un número de efectivos tan abundante con relación a la plantilla de anestelistas existente en la realidad que neutraliza los efectos de la huelga como instrumento de presión reivindicativa impidiendo su ejercicio colectivo con el suficiente peso para que pueda tener el efecto claudicante pretendido.

Si bien es cierto que la fijación de los servicios mínimos debe ser proporcionada a la plantilla de profesionales disponibles para la prestación de un servicio esencial dentro de la prestación de asistencial del Hospital en cuestión como el que prestan los actores debe exigirse una apariencia de buen derecho (art. 130 de la LJCA), traducida en que los servicios sanitarios se podrían atender con un número menor de efectivos sin resentirse el derecho a la salud y prestación sanitaria de los pacientes, tratando de equilibrar los mutuos sacrificios que el conflicto impone a los que lo promueven contra los destinatarios de la reivindicación sin olvidar a quienes en este caso son sujetos pasivos del conflicto, que sin ser parte, lo sufren.

En este contexto y si bien la Sala en anterior resolución ya aludida, admitió que los servicios mínimos se podrían atender con seis profesionales, en razón a la menor carga de trabajo en periodo estival, tampoco pueden perderse de vista otros factores que pesan en contra de la pretensión de los actores. Se trata de un conflicto que se inició en abril del año pasado y cuyos efectos persistentes se dejan notar en términos de multiplicar las esperas y demoras en la prestación de los servicios con una importante repercusión sobre el derecho a la salud de los ciudadanos. Estos efectos se mantienen y perduran por cuanto no existe previsiones de solución al haberse prolongado la huelga hasta finales de octubre de este año. Con este horizonte temporal es previsible la acumulación de la lista de esperas de pacientes pendientes de intervención o asistencia. En este sentido no sería igual fijar unos servicios mínimos con previsión de finalización del conflicto a corto plazo que planificarlos con visos de cierta permanencia en el tiempo para que no se resienta aun más la calidad de la asistencia sanitaria y sus costes, cada vez más deteriorable a medida que pasa el tiempo.

Cuarto: La disminución de plantilla y de efectivos que ha sido la razón desencadenante de la solicitud de reducción de los servicios mínimos impuestos no se ofrece con la suficiente claridad y evidencia exigida aunque sea con el carácter de verdad interina que requiere la adopción de la medida cautelar solicitada. Estos servicios mínimos son prórroga de la resolución de que los impuso y al que se quietaron los actores sin recurrirlo en tiempo y forma. Si bien es cierto que la falta de impugnación no les priva de su derecho a hacerlo en los términos ahora planteados si son un indicio de que no estamos ante un sacrificio tan insoportable como el que ahora sostiene cuando dejaron transcurrir tanto tiempo sin cuestionarse los efectos perniciosos que ejercía sobre la huelga en curso.

En último término los servicios mínimos establecidos parecen afectar, a la vista de las alegaciones de las partes, al cincuenta por ciento de la plantilla de anestelistas el hospital en



cuestión, y con esta proporción no se puede afirmar, según las consideraciones ya razonadas acerca de la larga duración del conflicto, que se prive del derecho de huelga en la dimensión colectiva que implica su ejercicio, ni de su capacidad de presión en el contexto de la prestación de un servicio esencial para la comunidad con una pluralidad indeterminada en cuanto al número de afectados por el mismo.

Debe reconocerse que existen factores como paternidades anunciadas, previsión de matrimonios, bajas laborales, horas de ejercicio sindical, etc... que pueden reducir el número de profesionales disponibles para los servicios establecidos, pero se trata, a juicio de la Sala, de factores que no dejan de tener una cierta significación de aleatoriedad y coyunturalidad, que en una contemplación del conflicto que no se acota en el tiempo sino que se sucede de manera ininterrumpida a lo largo del mismo, no suponen una merma esencial que reduzca sustancialmente el número de efectivos disponibles y que haga desproporcionado el mínimo esencial de la atención que se debe prestar a los pacientes".

Tercero: Pues bien, a la vista de estos razonamientos el recurrente sigue realizando un planteamiento puramente cuantitativo del número de efectivos que debe atender los servicios mínimos en proporción al número de trabajadores de la plantilla disponible para este tipo de atenciones de tal manera que a medida que vaya disminuyendo el número de anestesistas disponibles, ya sea por causa de bajas de enfermedad, o jubilaciones, permisos, vacaciones... deberá existir una reducción proporcional en el contingente de personal que debe atender los servicios mínimos. A su juicio se han producido dos bajas más de enfermedad de larga duración, también ha ocurrido la jubilación de otra persona de la plantilla, gran parte del personal aun no ha disfrutado sus vacaciones a lo que se deben añadir los permisos y créditos de horas sindicales pendientes de disfrute.

Sin embargo a juicio de la Sala el planteamiento de la parte recurrente es equivocado. Aun cuando el número de efectivos disponible de la plantilla pueda incidir en la prestación de los servicios mínimos no debe ser esta la razón fundamental de su establecimiento. En el conflicto determinante de la huelga no solo entran en juego los intereses de los trabajadores y los de la empresa en cuestión sino también los de los usuarios de la sanidad, cuyo derecho a la salud se debe preservar y que no se puede sacrificar hasta el punto de que la repercusión de la huelga suponga para ellos el mismo o parecido coste al que debe soportar la empresa. La finalidad de los servicios mínimos es la de paliar los efectos dañinos de la huelga sobre los usuarios de un servicio esencial que afecta de manera crucial a la organización de las intervenciones quirúrgicas programadas en el Hospital donde se ejerce el derecho de huelga. Su derecho de protección a la salud no admite graduaciones ni que guarde una proporcionalidad en términos cuantitativos al número de efectivos disponibles. Si fuera así correspondería a quienes ejercen la huelga definir los servicios mínimos en función de las variables que han manejado para impugnar la resolución que les concierne. Es evidente que ello no debe ser así ni tampoco les corresponde definir cuales son los derechos de los usuarios que se deben tutelar.

En la resolución impugnada se da una motivación sobre las razones que justifican los servicios mínimos que se refiere entre otros aspectos a los siguientes: 1º La larga duración del conflicto de más de 18 meses de duración; 2º El aumento de las listas de espera que han aumentado; las demoras en las intervenciones han pasado de 64 a 101 días; 3º Se atienden los casos urgentes pero se demoran sine día intervenciones que no tienen ese carácter de urgencia pero que provocan sufrimiento e incapacidad (hernias, cataratas, prótesis de caderas, colelitiasis..., etc); 3º Derivación de pacientes a otros hospitales, habiendo pasado de 13 peticiones en el año anterior a 138 de los 190 de toda en el presente); 4º La falta de asistencia en tiempo y forma implica además de la mencionada incapacidad y dolor una consecuencia muy negativa desde el punto de vista laboral del paciente y su familia. Quien espera una intervención no trabaja, y a veces se ve obligado a recibir otras alternativas terapéuticas para poder soportar la falta de intervención. Menor entidad para establecer los servicios mínimos tendrían los daños causados a



la empresa en términos de aumentos de gasto y costes, deterioro de la formación de profesionales y del ambiente laboral... que también se enuncian en la resolución de

Curiosamente ni en la demanda ni en las pruebas se cuestionan estos factores que deben ser decisivos para la fijación de los servicios mínimos. Partiendo de ellos y de su demostración no considera la Sala que exista una desproporción entre la fijación de los servicios mínimos en la mitad de la plantilla de anestelistas y la necesidad de satisfacer la demanda sanitaria de la población evitando el deterioro de su calidad y prestación. Es cierto que en determinados supuestos el Tribunal Constitucional, incluso el Tribunal Supremo, ha anulado resoluciones de servicios mínimos abusivos que han alcanzado a prácticamente la totalidad de la plantilla o porcentajes muy elevados de la misma. No es este el caso en que no se llegan a esos porcentajes, puesto que de una plantilla de catorce los servicios solo se imponen a siete facultativos, al margen de las guardias que merecen otro tratamiento, y que nunca han sido cuestionadas por la recurrente, incluso han sido exigidas por los propios organizadores de la huelga. Por encima de esos factores puramente cuantitativos y de tipo coyuntural deben pesar los de carácter cualitativo y la entidad de los derechos que entran en liza. En este caso están los derechos a la salud con el carácter no solo ya de esenciales sino de vitales para un colectivo de ciudadanos que no tiene parangón en su dimensión colectiva con los que realizan la huelga. Más importante aun es el sufrimiento causado a este derecho a la salud que se traduce en el aumento considerable de listas de espera, que ya de por sí no deberían admitir más demora, para atender casos urgentes y oncológicos, retrasando otros que no tienen ese carácter pero que generan incapacidad y dolor en los pacientes. Como ya decíamos en el auto que resolvió las medidas cautelares solicitadas estamos ante un conflicto de larga duración, y si bien en el auto de la Sala se habían llegado a fijar en seis los facultativos que debían atender los servicios mínimos, ahora la intensidad del conflicto en términos de duración temporal, con un horizonte de dieciocho meses, recrudece el problema de la acumulación de listas de espera en términos cualitativos y cuantitativos que exigen medidas paliativas proporcionadas y ponderadas como los servicios mínimos establecidos, que esta Sala considera idóneos y adecuados a los problemas que plantea una huelga de tan larga duración y sobre un servicio tan vital del que dependen intervenciones quirúrgicas tan delicadas y necesarias.

**Cuarto: Estas conclusiones se ajustan a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en materia de huelga sobre los servicios esenciales de la comunidad [SSTC 11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986 y 27/1989**

**Doctrina que, en lo que aquí resulta de interés, puede resumirse como sigue:**

a) Los límites del derecho de huelga no son sólo los derivados directamente de su acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Constitución, sino que también pueden consistir en otros bienes constitucionalmente protegidos. Los límites del derecho de huelga derivan, pues, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados (STC 11/1981, fundamentos jurídicos 7.º y 9.º)

b) El art. 28.2 C. E., al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, tiene el significado de expresar que el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión cede cuando con ello se ocasiona



o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren. En la medida en que la destinataria y acreedora de aquellos servicios esenciales es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los mismos; «el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga» (STC 11/1981, fundamento jurídico 18). c) Antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Esta última óptica, que pone el acento en los bienes e intereses de la persona, y no la primera, que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades, es la que mejor concuerda con los principios que inspira nuestra Constitución (STC 26/1981, fundamento jurídico 10). Con la consecuencia de que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial (STC 51/1986, fundamento jurídico 2.º). Sólo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad en que le exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (SSTC 26/1981, fundamento jurídico 10; 51/1986, fundamento jurídico 2.º).

d) En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión -territorial y personal-, duración prevista y demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute (SSTC 26/1981, fundamentos jurídicos 10 y 15; 53/1986, fundamento jurídico 3.º).

e) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir «una razonable proporción» entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos (STC 26/1981, fundamento jurídico 15). Si es cierto que las medidas han de encaminarse a «garantizar mínimos indispensables» para el mantenimiento de los servicios (STC 33/1981, fundamento jurídico 4.º), en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio (SSTC 51/1986, fundamento jurídico 5.º; 53/1986, fundamento jurídico 3.º), el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables (STC 51/1986, fundamento jurídico 5.º). Y si la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma «la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad» (STC 51/1986, fundamento jurídico 5.º), aumentando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos (STC 11/1981, fundamento jurídico 18).

f) Finalmente, por lo que hace a la motivación y fundamentación de la decisión de imponer el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, este Tribunal ha establecido reiteradamente que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado y que, cuando se produce una



restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, «la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación» (STC 26/1981, fundamento jurídico 16). En orden a la limitación de un derecho fundamental, el acto limitativo requiere una especial justificación con objeto de que «los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó» (STC 26/1981, fundamento jurídico 14) y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales (STC 27/1989, fundamento jurídico 4.º)

Recae, pues, sobre la autoridad gubernativa la obligación de motivar las razones que justifican, en una concreta situación de huelga la adopción de la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad. Correspondiéndole también probar a ella que los actos de restricción del derecho tienen plena justificación, no siendo de aplicación aquí las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba (*ibidem*). Quiere ello decir que la motivación de la decisión de la autoridad gubernativa requiere que en la misma figuren «los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos», sin que sean suficientes «indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto», de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para «tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho; cómo se ha llegado a la determinación de los servicios mínimos acordados, y a la valoración de su carácter esencial»; en definitiva han de explicitarse, siquiera sea sucintamente, «los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas» (STC 53/1986, fundamentos jurídicos 6.º y 7.º; también STC 26/1981, fundamentos jurídicos 14 y 15; STC 51/1986, fundamento jurídico 4.º; STC 27/1989, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º). Si ha de diferenciarse entre la motivación expresa del acto, «que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa», y las razones que en eventual y posterior proceso se pueden alegar para justificar la decisión tomada, ello no implica que la justificación *ex post* libre de la obligación de motivar el acto desde que éste se realiza (STC 53/1986, fundamento jurídico 6.º), pues la falta de motivación impide, precisamente, la justa valoración y el control material o de fondo de la medida (STC 27/1989, fundamento jurídico 5.º). **En definitiva, la decisión de la autoridad gubernativa ha de ofrecer o poner de manifiesto motivo o fundamento acerca de la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los bienes que pueden quedar afectados o los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida (STC 27/1989, fundamento jurídico 4.º), sin que sean suficientes indicaciones genéricas, que puedan predicarse de cualquier conflicto, en cualquier actividad, y de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone (SSTC 51/1986, fundamento jurídico 4.º; 53/1986, fundamento jurídico 6.º). No obstante, en determinados supuestos, y excepcionalmente, cabe que no se justifique la necesidad de mantener ciertos servicios esenciales, por ser de «general conocimiento», reduciéndose la necesidad de aportar datos o cifras adicionales que, aunque siempre convenientes, «abundaría en algo ya de todos conocido»; tal es el caso del transporte de pasajeros con o entre la península, las islas y Melilla, el transporte del correo y el de los productos perecederos (STC 51/1986, fundamento jurídico 4.º).**

Quinto: En el presente caso la situación se complica aun más a la luz de los acontecimientos que se evidencian con las últimas resoluciones adoptadas por la Dirección



del Hospital en las que como consecuencia de las situaciones de bajas médicas, del periodo de vacaciones anuales y permisos, que hacen materialmente inviable el mantenimiento del sistema de organización del trabajo fijado en la resolución de se acuerda la modificación excepcional y transitoria del sistema de organización de guardias en el Servicio de Anestesiología y Reanimación fijado en la resolución de de modo que las mismas se desarrollen por un facultativo de guardia de presencia física y otro de guardia localizada con obligación, este último, de comparecer en el Hospital para la prestación de servicios a requerimiento del Jefe de la Guardia.. Efectivamente en el escrito de fecha remitido por la Gerencia del Hospital se informa que de la totalidad de la plantilla (14) de los facultativos en huelga siete de ellos están de baja por incapacidad temporal. Es evidente que con esta plantilla de efectivos disponibles tan corta resulta casi imposible atender los servicios mínimos en los términos decididos por la resolución impugnada. Sin embargo la implantación de los servicios mínimos no puede depender de factores tan aleatorios y temporales que tienen una solución incluso de tipo legal. La necesidad de los servicios mínimos no puede depender de la plantilla disponible del servicio. Aun cuando, en el caso más radical, no existiera plantilla, no dejaría de existir la necesidad de atender esos servicios tan vitales. Su necesidad depende en este caso de los derechos que se tratan de tutelar y de las circunstancias que aconsejan no se lastimen más de manera irremediable unos derechos que reclaman una efectiva protección.

La sentencia del T.C. de 2-7-1990 se enfrenta al problema del incumplimiento de los servicios mínimos en los siguientes términos: "Llevada a sus últimas consecuencias, esta solución significaría la carencia absoluta de efectos sobre las medidas sancionadoras empresariales por incumplimiento de los servicios mínimos de la decisión judicial que anulase la imposición gubernativa de tales servicios. La falta de efectos prácticos de la resolución judicial posterior anulatoria de los servicios llevaría a un resultado constitucionalmente inadmisibles, al ser ese control judicial una garantía que forma parte también del derecho de huelga. La consecuencia práctica de la posición de los recurrentes es la del riesgo del incumplimiento de servicios esenciales, sobre todo en casos como el presente en el que la central sindical promotora de la huelga dio instrucciones de que no se cumplieran en ningún caso ninguno de esos servicios, con el virtual efecto de la paralización completa del servicio, consecuencia no querida ni protegida por la Constitución. Dada la primacía que sobre el derecho de huelga concede la Constitución al mantenimiento de los servicios esenciales, que impone deberes adicionales tanto al empleador como a los trabajadores asignados a esos servicios, que priman sobre el derecho de huelga, no cabe estimar consecuencia ineludible del art. 28.2 C. E. que la anulación posterior del acto gubernativo de fijación de los servicios mínimos suponga necesariamente la legitimidad de la negativa a cumplir la orden empresarial de imposición de tales servicios, de modo que el Juez de lo Social tenga que condicionar necesariamente su decisión al resultado de la impugnación de aquel gubernativo. Del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 C. E. no cabe derivar, por consiguiente, un derecho del trabajador designado para cumplir un servicio mínimo a examinar en cada caso la legalidad de la medida gubernativa y empresarial que imponen dichos servicios, y en función de ese juicio de legalidad, cumplirlo o no cumplirlo, aunque asumiendo en este último caso el riesgo del resultado de la resolución judicial posterior que revisase la medida gubernativa o empresarial, pues ello generaría un riesgo de inseguridad y aleatoriedad en el cumplimiento de los servicios esenciales que pondría en peligro valores y bienes constitucionalmente estimados como prevalentes. La generalización de este tipo de conductas supondría la primacía del ejercicio del derecho de huelga sobre el daño desproporcionado e innecesario a la propia Comunidad (STC 51/1986) y a

los usuarios de esos servicios que implica su no funcionamiento a causa de la huelga, obligándoles a soportar unos sacrificios innecesarios e indebidos que la Constitución exige evitar”.

También la sentencia del T.C. 11/1981 persuade del riesgo de las huelgas abusivas en los siguientes términos: “Para terminar de esclarecer la cuestión propuesta, convendrá puntualizar la medida en que los mencionados tipos de huelga pueden ser en ocasiones abusivos. Para comprenderlo debidamente no debe perderse de vista que en el ordenamiento jurídico español actual la huelga es un derecho subjetivo, lo cual significa que la relación jurídica de trabajo se mantiene y queda, en suspenso, con suspensión del derecho de salario. Significa, sin embargo, más cosas, como son que el empresario no puede sustituir a los huelguistas por otros trabajadores (cfr. artículo 6.5), y significa también que el empresario tiene limitado el poder de cierre, como se desprende del artículo 12 y de lo que más adelante diremos. El derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario. Exige por ello una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas. Al lado de las limitaciones que la huelga introduce en la libertad personal del empresario se encuentra el influjo que puede ejercer en los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga (cfr. art. 6.4) y la incidencia que tiene en los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, a quienes no deben imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios. En este sentido puede considerarse que existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguístico de los trabajadores no huelguistas, de manera que el concierto de unos pocos extiende la huelga a todos. Ocurre así singularmente en lo que el artículo 7.2 llama huelgas de trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos, pues la propia Ley aclara que es un elemento del tipo la finalidad de interrumpir el proceso o imponer la cesación a todos por decisión de unos pocos.

El abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se le dota de un efecto multiplicador, de manera que la huelga desencadena una desorganización de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que sólo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado. Así, una huelga de duración formal escasa consigue prolongar sus efectos en el tiempo, posee una duración sustancial muy superior y exige del empresario el costo adicional de la reorganización. El abuso del derecho de huelga puede, finalmente, consistir en disminuir formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo. Este elemento de simulación es contrario al deber mutuo de lealtad y de honradez que la huelga no hace desaparecer”.

Aun cuando se trate de un derecho fundamental a su ejercicio se le imponen límites en situaciones como las que se reflejan en las resoluciones transcritas consistentes en prohibiciones o en la adopción de medidas adecuadas para preservar los derechos de los usuarios y de la comunidad en general. Ya se ha razonado sobre la proporcionalidad de los servicios mínimos establecidos en la resolución recurrida y sobre el fin que justifica su adopción y establecimiento. Frente a la necesidad de acatarlos no se puede oponer la insuficiencia de la plantilla por causas que en principio pueden ser previsibles y ordinarias en el desenvolvimiento de los servicios hospitalarios. Existen mecanismos legales como la posibilidad de sustitución de los trabajadores en huelga, prevista en el art. 6.5 del Real



Decreto de Relaciones Laborales 17/1977, de 4 de marzo, de acuerdo con la doctrina plasmada en la sentencia del T.C. 11/81, de 4 de abril, que serían perfectamente aplicables al caso en caso de incumplimiento de los servicios mínimos, realizando contrataciones “ad hoc” con el fin de garantizar su prestación. La consecuencia, pues, de la disminución de efectivos no puede suponer nunca una merma de los derechos de terceros que con los servicios mínimos se quieren garantizar sino el recurso a medidas alternativas que intenten paliar circunstancias adversas, en principio, previsibles, sin afectar tampoco al derecho legítimo de quienes quieran sumarse a ella, siendo su efecto neutral en cuanto a los intereses en juego.

En el caso de autos se da la circunstancia, además, de que los efectos de la huelga se ven multiplicados como consecuencia de la incidencia que en la prestación de servicios tiene la baja por incapacidad temporal de la mitad de los anestelistas de la plantilla del hospital a partir del verano del 2007. Sin embargo se trata de una incidencia anómala que no deriva de la realización de la huelga; ésta por definición supone una cesación colectiva y concertada de quienes voluntariamente deciden interrumpir su prestación de servicios. A juicio de la Sala resulta un planteamiento equivocado querer utilizar esas bajas como argumento legitimador de la desproporción que se da entre servicios mínimos con relación a la insuficiencia de plantilla. Quienes se encuentran en situación de baja por incapacidad, enfermedad, o accidente no están de huelga por cuanto que la cesación en la prestación de sus servicios les viene impuesta por causas ajenas a sus facultades de determinación, y ni es voluntaria ni concertada; por consiguiente no les afectan las prohibiciones legales que protegen el contenido esencial de ese derecho. Quiere esto decir que su número no debe romper la ecuación fijada entre la plantilla de la empresa y el número de los trabajadores con los que se cuenta para establecer los servicios mínimos, una vez justificada su necesidad, cabiendo, pues, también en este caso mecanismos de sustitución de esas bajas que restablezcan esa proporcionalidad, y sin perjuicio del derecho de huelga de los trabajadores sustitutos, pero, eso sí, con la obligación de atender los servicios mínimos exigidos.

Sexto: Por último y con relación a la petición del Ministerio Fiscal de estimación de la demanda, a juicio de la Sala el escrito del Ministerio Público no se detiene en el estudio singular de las circunstancias que concurren en el caso de la resolución enjuiciada sin reparar en las razones expuestas en la exposición de la misma para justificar la huelga. La Sala ha examinado esa justificación y la considera convincente, detallada y proporcionada a los servicios mínimos establecidos. Su análisis permite llegar a la conclusión de que existe motivación y que esta es suficiente, hasta el punto de que ni tan siquiera la demandante rebaten esa exposición.

Con los razonamientos expuestos el recurso debe ser desestimado.

Séptimo: Conforme a lo previsto en el art. 139 de la LJCA no se hace pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

Fallamos: 1º Desestimar el recurso contencioso administrativos interpuesto

2º Declarar ajustada a derecho la resolución recurrida..



3º No hacer pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos originales y la que se notificará con expresión de los recursos procedentes, plazo de interposición y órgano competente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

