



ACTUALIDAD JURÍDICA

S U M A R I O

1. LEGISLACIÓN

Página

-  Comunicación Comisión Europea relativa a la aproximación de las legislaciones de los EM sobre productos sanitarios implantables activos [3](#)
-  Comunicación Comisión Europea relativa a productos sanitarios [3](#)
-  Comunicación Comisión Europea relativa a productos sanitarios para diagnóstico in Vitro [3](#)
-  Autorización de centros servicios y establecimiento sanitario en Galicia [3](#)
-  Uso y acceso a la historia clínica electrónica en Galicia [4](#)
-  Delegación de competencias para resolver procedimientos para ejercer los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos de carácter personal contenidos en ficheros de HC [4](#)

2. CUESTIONES DE INTERÉS

PERSONAL:

-  Despido nulo de trabajadora embarazada: Sentencia TC y Sentencia TJUE [5](#)
-  ¿Tiene derecho un trabajador al permiso por hospitalización de un familiar, si esa hospitalización es a consecuencia de un parto?: STS [6](#)
-  Potestad Organizativa interna de la Gerencia del Hospital [6](#)

CONTRATACIÓN:

-  Supletoriedad de LRJPAC en lo relativo a la caducidad de los procedimientos de resolución de contratos: STS [11](#)
-  Sucesión de empresas según lo previsto en el art. 44 del ET: STS [11](#)

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:

-  Distinción entre responsabilidad patrimonial y reintegro de gasto: Sentencia del TSJ de Cantabria [12](#)
-  Efectos del cómputo del plazo de prescripción por defectuosa asistencia sanitaria: STS [15](#)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

-  Imprescriptibilidad ante el silencio administrativo de la Administración: STC [16](#)
-  Régimen de plazos y silencio administrativo en materia sanitaria: Sentencia TSJ del País Vasco [16](#)

PROFESIONES SANITARIA:

-  Nulidad de convenio por invadir competencias de otra especialidad [17](#)

3. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

-  Trastornos psiquiátricos y Derecho: Responsabilidad penal, internamientos, incapacitación, etc... [18](#)

BIOÉTICA y SANIDAD

S U M A R I O

1. CUESTIONES DE INTERÉS

- ☞ El Estado Mundial de la Infancia 2009 [19](#)
- ☞ Estrategia en materia de salud en el UE (2008-2013) [19](#)
- ☞ Perspectiva político-legislativas sobre la eutanasia [19](#)
- ☞ Guía de buena práctica clínica en abordaje de las situaciones de violencia en el anciano, la mujer y el niño [20](#)
- ☞ Ética y seguridad de los pacientes [20](#)
- ☞ Aspectos éticos y deontológico del rechazo al tratamiento médico por el paciente preso [21](#)
- ☞ Derecho de autonomía decisoria a los reclusos: STS [21](#)
- ☞ Algunas consideraciones sobre la gestión de la demanda en los servicios de salud de Castilla - La Mancha [21](#)

2. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- 📖 Jornada de Presentación de la Estrategia en Ictus del SNS [23](#)
- 📖 VI Congreso Mundial de Bioética [23](#)
- 📖 III Jornadas nacionales de Medicina del Deporte [23](#)
- 📖 Premios Profesor Barea 2009 [24](#)
- 📖 Veinte años de bioética en España [24](#)
- 📖 Bioética. Principios, desafíos y debates [25](#)
- 📖 Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia [25](#)

ACTUALIDAD JURÍDICA

LEGISLACIÓN

- Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 90/385/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos sanitarios implantables activos.
 - o D.O.U.E, de 19 de febrero de 2009, C/41/9

- Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 93/42/CEE del Consejo relativa a los productos sanitarios
 - o D.O.U.E, de 19 de febrero de 2009, C/41/13

- Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre productos sanitarios para diagnóstico in Vitro
 - o D.O.U.E, de 19 de febrero de 2009, C/41/27

- Decreto 12/2009, de 8 de enero, por el que se regula la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios
 - o D.O.G.A núm. 20 de 29 de enero de 2009, pág. 1949

- Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica.
 - o D.O.G.A núm. 34 de 5 de febrero de 2009, pág. 3292

- Resolución de 03/02/2009, de la Dirección Gerencia, sobre delegación de competencias para la resolución de procedimientos para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos de carácter personal contenidos en ficheros de historias clínicas
 - o D.O.C.M núm. 37 de 23 de febrero de 2008, pág. 7596

CUESTIONES DE INTERÉS

PERSONAL:

- Despido nulo de trabajadora embarazada.

En las siguientes Sentencias, tanto el Tribunal Constitucional como el TJUE aprecian que el legislador ha querido dar a la declaración de la nulidad del despido, automatismo vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 92/2008. DE 21 DE JULIO

El Tribunal Constitucional declara nulo el despido de una trabajadora embarazada, aun cuando la empresa que procedió a su despido no tuviera conocimiento de tal circunstancia, argumentando que el artículo 55.5 *b)* del Estatuto de los Trabajadores (precepto que introduce esta garantía a favor de la mujeres) lo que pretende es proteger el derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas, sin que se haya establecido por el legislador la exigencia legal de acreditar el previo conocimiento por el empresario del embarazo de la trabajadora a los efectos de la declaración de nulidad de los despidos.

Texto completo: <http://www.tribunalconstitucional.es>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, DE 26 DE FEBRERO DE 2008

El TJUE, en la presente Sentencia, considera que no es posible discriminar a una trabajadora que se somete a una fecundación in vitro cuando, en el momento en que se notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de la trabajadora en cuestión, pero éstos no han sido aún transferidos a su útero.

Texto completo: <http://curia.europa.eu/>

- ¿Tendría derecho un trabajador a acogerse al permiso por hospitalización de un familiar, si ese familiar es una mujer que ha ingresado de parto?.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE JULIO DE 2008

El alcance los permisos previstos en el apartado tercero del art. 37 del ETT por hospitalización de un familiar por consanguinidad no se extiende a los supuestos de parto que hayan requerido la hospitalización de la madre. El TS considera que hacer esa separación artificial entre parto y parto atendido en hospital, es desconocer que en nuestro actual sistema sanitario la práctica totalidad de los partos se atienden en clínicas y hospitales; y consiguientemente sería introducir por esa vía indirecta el nacimiento de hijo de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad entre los motivos que dan derecho a permiso, cuando la Ley solo lo otorga si se trata de un hijo del propio trabajador. Así mismo, precisa que desde el punto de vista gramatical el término hospitalización está reservado para los casos de ingreso por accidente o enfermedad, sin que el parto, entendido como la fase final de un proceso natural pueda equipararse a un proceso patológico.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es/>

- **Potestad Organizativa interna de la Gerencia del Hospital.**

FECHA: 7 de Noviembre de 2008

REF: I-311/08

ASUNTO: Informe Jurídico sobre organización interna del Servicio de xxxxxxxxxxxxxxxx.

En relación con la petición de informe jurídico formulada por el Director-Gerente xxxxxxxxxxxxxxxx relativa a la deficiente organización del Servicio de xxxxxxxxxxxxxxxx y su repercusión negativa en el funcionamiento del conjunto del Hospital, situación agravada por la negativa de los profesionales implicados de aceptar un cambio en los circuitos hasta ahora existentes, se emite el presente

INFORME

PRIMERO.- La cuestión de fondo que nos plantea gira en torno a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, y para ello hemos de tener en cuenta como principio que la finalidad del mejor servicio a los intereses generales prevista en el **art. 103 de la Constitución Española** presupone la necesaria atribución a la Administración Pública de la capacidad de organización y coordinación de sus servicios.

Descendiendo al ámbito sanitario, es evidente que la Administración goza de una potestad de autoorganización para ordenar los servicios sanitarios en la forma que estime más

conveniente a los intereses públicos como así lo han puesto de manifiesto los Tribunales de Justicia en múltiples ocasiones desde que ya lo recordara la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1987, y en este sentido la referida potestad ha sido definida como el *"conjunto de poderes de una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomienden con el objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas"* (STSJ de Galicia de 16 de octubre de 2002).

Manifestaciones de esta potestad en nuestro derecho positivo las encontramos en:

- a) El artículo 109 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, que atribuía a las entidades gestoras de la seguridad social la facultad de organizar los servicios sanitarios a su cargo conforme a dicha Ley y sus normas de desarrollo
- b) El Reglamento general para el régimen, gobierno y servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social aprobado por orden de 7 de julio de 1972, en su artículo 38 dispone que corresponde al director de las instituciones sanitarias ejercer la superior autoridad entre el personal coordinando las actividades de los diversos servicios.
- c) RD 521/1987, de 15 de abril.

El aún vigente Reglamento sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales reconoce atribuye a la Gerencia en su art. 7 una serie de funciones genéricas que evidencian la facultad del Gerente para organizar los servicios sanitarios en la forma que consideren más adecuada para el cumplimiento de los fines que tienen encomendados, pudiendo a tal efecto proceder a la *"ordenación de los recursos humanos, físicos, financieros del hospital mediante la programación, dirección, control y evaluación de su funcionamiento en el conjunto de sus divisiones, y con respecto a los servicios que presta"* así como disponer de las medidas oportunas para garantizar la continuidad de funcionamiento del hospital. Precisamente en relación con esta última función los Tribunales han señalado que esta facultad no se limita a *"situaciones concretas aunque las prevea de modo especial en los supuestos de crisis, emergencias, urgencias u otras circunstancias similares, sino que las prevé para todos los casos en que se a necesario mantener el buen funcionamiento"* (STSJ de Aragón de 24 de mayo 1994).

SEGUNDO.- Partiendo de este marco normativo, y teniendo en cuenta que la prestación de asistencia sanitaria especializada se vertebra a través de una relación de servicios encadenados (servicios clínicos y servicios de carácter instrumental como sería el caso del Servicio de radiodiagnóstico), cuyo correcto funcionamiento repercute en el conjunto de la organización, resultaría perfectamente legítima la eventual intervención de la Dirección del Hospital para adoptar las medidas organizativas que considere pertinentes en aras de mejorar el funcionamiento y la eficacia del servicio de que se trate (arts. 103 de la CE y 3 de la Ley 30/1992). A título de ejemplo cabría traer a colación la sentencia del TSJ de Asturias de 16 de septiembre de 1994 que confirmó la facultad de organización de la Dirección de un Hospital para atajar el funcionamiento perturbador que, sobre el conjunto del sistema representaba el servicio de cirugía torácica.

La importancia de que exista una buena organización de los servicios sanitarios ha sido constatada por la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias, que entre los principios básicos que deben presidir el ejercicio de cualquier profesión sanitaria, destaca *"la*

eficacia organizativa de los servicios, secciones, equipos o unidades asistenciales equivalentes sea cual sea su denominación, requerirá la existencia escrita de normas de funcionamiento interno y la definición de objetivos y funciones tanto generales como específicas para cada miembro del mismo..." (art. 4.7.c) de la LOPS), que hemos a su vez de poner en conexión con otro principio cual es el deber que asumen los profesionales sanitarios de "prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de la salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas" (art. 5.1.a) de la LOPS).

Por tanto, en los casos en que se constate la existencia de graves defectos de organización y funcionamiento en alguno de sus servicios, la Dirección del Hospital tiene, la facultad y el deber de intervenir para zanjar los problemas detectados, ya que el acto de gestión "es un acto realizado por la dirección gerencia en el ejercicio de sus funciones, en el marco de normas indisponibles con relación a la obligada administración del servicio de asistencia sanitaria, con utilización óptima de los recursos disponibles" (STSJ del País Vasco de 15 de enero de 2002)

En el caso concreto que se somete a informe, la Dirección del Hospital de xxxxxxxxxx ha advertido la existencia de incidencias en el sistema de funcionamiento del servicio de xxxxxxxxxx que, en virtud de ese "efecto cascada" al que nos hemos referido anteriormente, altera el funcionamiento de otros servicios y lo que es más importante, afecta a la calidad de la asistencia sanitaria que se debe proporcionar a los ciudadanos. A tenor de tales hechos y del marco normativo anteriormente descrito, ninguna objeción jurídica cabría realizar al eventual ejercicio por parte de la Gerencia de la citada potestad organizativa.

Ahora bien no cualquier medida adoptada por la Dirección puede ser calificada como ajustada a Derecho, ya que la discrecionalidad no puede confundirse con arbitrariedad, y por tanto las medidas que finalmente se tomen deberán contar con una mínima y razonable motivación, fundada en el ejercicio de funciones legítimas y con una finalidad como la de dispensar una atención médica adecuada a los pacientes.

TERCERO.- Partiendo de esta premisa y de los hechos referidos en el escrito de petición de informe, lo que no se puede permitir en modo alguno es que sean los propios profesionales sanitarios, en este caso médicos, los que fijen los criterios de prestación de servicios y cómo debe realizarse la organización del servicio en cuestión, a saber conforme a su particular criterio. Como muy bien ha señalado en un caso similar el **Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 de Oviedo** en sentencia de 19 de abril de 2007 "la gestión de un Hospital, como complejo orgánico orientado a la efectividad del derecho a la salud, requiere concentrar la facultad de ordenación, y ello se encomienda a sus órganos directivos" sirviéndose al efecto de figuras intermedias como el Jefe de Servicio "responsables del funcionamiento de las unidades asistenciales y de la actividad del personal a ellos adscrito" (art. 26 del RD 521/87).

Para reforzar el planteamiento anterior y desactivar cualquier intento de oposición al respecto por parte de los profesionales afectados, hemos de traer a colación otro factor de gran importancia como es la naturaleza jurídica que reviste la relación de empleo que

vincula a estos profesionales con la Administración, ya que como establece una reiteradísima doctrina (por todas la STSJ de Cataluña de fecha 19 de abril de 1991) "la relación de servicios con el INSALUD tiene naturaleza de derecho público, por lo cual en materia de derechos adquiridos, éstos quedan limitados a los de orden retributivo, pero no a los de índole organizativa respecto a los cuales la Administración dispone de plenas facultades de variación, siempre y cuando ésta no suponga el ejercicio de una actuación arbitraria sin ninguna justificación".

Desde esta perspectiva, la negativa reiterada por parte de los interesados a acatar las instrucciones que imparta la Dirección podría devenir en el incumplimiento de un deber legal como es el de "cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo" (art. 19 del Estatuto Marco) y la consiguiente exigencia de responsabilidad disciplinaria.

CUARTO.- Las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del mantenimiento de esta situación pueden llegar ser nefastas para los intereses de todas las partes implicadas, si finalmente se produjera algún daño para los pacientes, como así ha tenido ocasión de constatarlo la Audiencia Nacional en sentencia de 5 de noviembre de 2003.

En efecto, en la sentencia citada la AN subrayó la importancia que reviste para una correcta asistencia sanitaria la existencia de unos circuitos de información definidos, hasta el punto que el grueso de la sentencia condenatoria descansaba precisamente en los graves problemas organizativos que desembocaron en un agravamiento en el estado de salud del paciente. Por su estrecha relación con el objeto de vuestra consulta pasamos a describir brevemente cuáles fueron los hechos y sus consecuencias jurídicas.

Paciente que acude a consulta de un cirujano por lesión verrugosa en la espalda y que se considera como granuloma infectado. Es intervenido quirúrgicamente y la pieza remitida al Servicio de Anatomía para su estudio, emitiéndose tres días después informe con diagnóstico de melanoma nodular ulcerado nivel IV de Clark y 5,25 mm de índice de Breslow y se aconseja realizar una ampliación de los márgenes de la pieza.

El circuito de los informes de anatomía patológica consiste en que una vez confeccionado llegan al servicio de atención al paciente del centro de que se trate el cual los distribuye por las consultas de los especialistas. Una vez en consulta son recibidos por el personal de enfermería quién cose a la HC las dos copias del informe siendo completadas las historias cuando el paciente acude a la consulta.

Al paciente no se le realizaron revisiones ni se le practicó la ampliación de bordes de la resección que se aconsejaba en el informe de anatomía patológica. Pocos meses después ingresa con un diagnóstico de progresión tumoral del melanoma a nivel de pulmón, ganglionar, subcutánea y cerebral falleciendo poco tiempo después.

La sentencia condena a la Administración ya que el informe de Anatomía no se puso de inmediato en conocimiento del paciente, de modo que tras no haberse presentado éste a la consulta que tenía programada, se archivó el documento sin que el paciente llegara a conocer la existencia del melanoma. Por ello, la Sala apreció la existencia de "un mal funcionamiento en el Servicio prestado ya que la burocracia de las consultas no puede conllevar el resultado aquí producido(...). No ofrece duda que este hecho conlleva un mal

funcionamiento del servicio, que tiene relación de causa a efecto con los perjuicios irrogados al paciente y los familiares...".

En estos casos de condena a la Administración por responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento deficiente del servicio sanitario, hay que recordar que si según previene el art. 145.2 de la Ley 30/1992 "la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves..."

En términos similares se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Almería en sentencia de 29 de enero de 2003. En este otro caso se exigía la responsabilidad penal por imprudencia profesional de los médicos implicados en el proceso asistencial de un paciente que presentaba una fractura de peroné, y que tras ser examinado en el Hospital en el que estaba ingresado por hasta siete traumatólogos distintos, se le tuvo que amputar la extremidad inferior por la mala evolución de la lesión debido a la mala organización del servicio de traumatología del hospital, que el acusado dirigía como jefe interino del servicio.

CONCLUSIÓN

1. La Administración ostenta la titularidad de la potestad de organización, reconocida entre otros textos normativos, en el art. 7 del RD 521/87.
2. La Administración tiene el deber de hacer uso de la referida potestad cuando concurren las circunstancias que justifican su utilización.
3. Dicha potestad está sujeta a límites, debiendo motivar en todo caso las decisiones adoptadas en su ejercicio.
4. La organización de los servicios médicos debe ajustarse a unos criterios de calidad y eficacia en su funcionamiento, siendo un deber de los profesionales y un derecho de los pacientes.
5. El incumplimiento de estos deberes puede derivar en la exigencia de diversos tipos de responsabilidad, como así lo acredita la jurisprudencia existente sobre la materia sin descartar la vía disciplinaria en caso de negativa de los profesionales a dar cumplimiento a las órdenes de la dirección.
6. En este caso resultaría razonable la adopción de algún tipo de medida por el equipo directivo que ponga fin a este fallo en el funcionamiento de uno de sus servicios.
7. La medida/as tomadas deben ser no solo razonables, sino razonadas y proporcionadas a la gravedad del caso.
8. Los profesionales implicados no pueden esgrimir supuestos derechos adquiridos para oponerse a la implantación del protocolo que finalmente se elabore en el Hospital.

Es cuanto informa quién suscribe sin perjuicio de mejor criterio fundado en Derecho.

El Jefe de Servicio de Derecho Sanitario y Bioética

Vicente Lomas Hernández

CONTRATACIÓN:

- Supletoriedad de la LRJPAC en lo relativo a la caducidad de los procedimientos de Resolución de contratos

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 13 DE MARZO DE 2008

El TS afirma la supletoriedad de LRJPAC en lo relativo a la caducidad de los procedimientos de resolución de contratos. Rechaza así las argumentaciones de la Administración relativas a que LRJPAC no podría aplicarse supletoriamente por existir una regulación del procedimiento de resolución que no prevé su caducidad en la normativa sobre contratos administrativos. La sentencia da a entender que esta doctrina sería también aplicable con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es/>

- Sucesión de empresas según lo previsto en el art. 44 del ET.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE MAYO DE 2008

Esta sentencia estudia la posible sucesión de empresa entre una fundación que decidió ceder el servicio de limpieza, que hasta entonces había sido llevado directamente por ella, a otra empresa cuyo objeto era la prestación del servicio de limpieza en edificios. El Tribunal Supremo considera que para que exista sucesión de empresa según lo previsto en el artículo 44 del ET, no es suficiente con el hecho de que trabajadores de una entidad empresarial pasen a prestar servicio a otra sociedad diferente, sino que es necesario que además se haya producido la transmisión de "los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación". En este caso concreto, no constaba transmisión patrimonial de ningún tipo a favor de la empresa cesionaria, pues lo único que existió fue la cesión de la actividad de limpieza y de la plantilla de limpiadoras.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es/>

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:

- Distinción entre responsabilidad patrimonial y reintegro de gastos

Sentencia que recuerda una vez más, la distinción entre responsabilidad patrimonial y reintegro de gastos. En este caso la Sala desestima la reclamación de la paciente al razonar que “las causas que se invocan, no puede considerarse que se haya incurrido en error de diagnóstico grave en situación de urgencia, ni en un supuesto de desatención por parte de la Seguridad Social, ya que, estando diagnosticada la actora de crisis convulsivas, fue sometida a diversos tratamientos farmacológicos y de consulta, según consta en el hecho probado primero, siendo la propia demandante la que decide acudir a un centro privado, en el mes de julio de 2006, sin que conste que hubiera expuesto ninguna queja ante los servicios públicos de salud, diagnosticándosele en dicho centro privado, una epilepsia focal parietal para la que se pauta un nuevo tratamiento farmacológico, presentando en la actualidad, un buen control de las crisis concomitantes (HP 2º). Estos datos no permiten inferir la existencia de un error de diagnóstico grave, ni tampoco una situación de riesgo vital o de urgencia, en el sentido antes expuesto, por lo que, tal como se razona en la sentencia, el reintegro de gastos debió ampararse en la responsabilidad patrimonial de la administración, debiendo haberse planteado la cuestión ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.e) de la Ley 29/1998”

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA, Nº 849/2008

El TSJ desestima el recurso interpuesto por la actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander, de fecha 22-04-2008, dictada en autos promovidos en reclamación de reintegro de gastos médicos.

En Santander, a quince de octubre de dos mil ocho.

En el recurso de suplicación interpuesto por Doña XXXXXXXX contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Santander y Cantabria, ha sido nombrado Ponente la Ilma. Sra. D^a. YYYYYYYYYY, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Que según consta en autos se presentó demanda por D^a. XXXXXXXX, sobre Seguridad Social, siendo demandado el Servicio Cántabro de Salud, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 22 de abril de 2008, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO

Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La actora, XXXXXXXX, nacida el 0000000 y afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM. 000, viene siendo tratada por el Servicio de Neurocirugía del Hospital Marqués de Valdecilla desde hace varios años con el diagnóstico de crisis convulsivas, que se producen dos o tres veces al mes, sometida a sucesivos tratamientos farmacológicos y de consulta.

2º.- En julio de 2006 acude al Servicio de Neurología de la Clínica Rúber (Programa de Epilepsia) donde tras someterla a un Estudio de video-EEG de cinco días de duración le diagnostican Epilepsia Focal Parietal derecha criptogénica y le pautan nuevo tratamiento farmacológico (Trilepan) con buen control en la actualidad de las crisis comiciales.

3º.- Los gastos ocasionados por la estancia y realización de pruebas diagnósticas en la Clínica Rúber de Madrid han ascendido a un total de 7.744,65 euros según facturas adjuntadas con el escrito de demanda.

4º.- Solicitado al Servicio Cántabro de Salud el reintegro de dichos gastos médicos, se ha dictado resolución de fecha 4 de octubre de 2007 desestimando dicha petición.

5º.- Se ha agotado la vía administrativa previa.

TERCERO

Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO

En el presente caso la parte actora recurre la sentencia de instancia que desestimó su pretensión de reintegro de gastos ocasionados por el tratamiento dispensado en la Clínica Rúber de Madrid. En el recurso articula un único motivo con adecuado amparo en el art. 191 c), en el que denuncia la infracción de los arts. 17 LGSS, 5 RD 63/1995, 43 RD 1030/2006, en relación al art. 7.1 de la Ley 16/2003, sosteniendo que a su entender, la sentencia de instancia no ha tomado en consideración la moderna jurisprudencia que interpreta que los supuestos en que la asistencia médica pública fue incorrecta, son equivalentes a los de denegación injustificada de asistencia y por ello habilitan al reintegro de gastos, citando al efecto la Sentencia dictada por esta Sala de lo Social de 30.10.2003.

La cuestión controvertida que se plantea exige recordar que el art. 5.1 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, establece que la utilización de las prestaciones de Seguridad Social se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación. Por su parte el art. 5.3 de la misma norma, determina que "en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada

o abusiva de esta excepción". Este último precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 20.10.2003 y 25.3.2004, en las que exige los siguientes requisitos: "dos positivos: que se trate de urgencia inmediata, y que sea de carácter vital. Y los otros dos negativos: que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción" (Sentencias de 20 de octubre de 2003 y de 25 de marzo de 2004. Además, el concepto de urgencia vital ha sido interpretado por el Alto Tribunal en el sentido de entender que "no toda urgencia es vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada, y que se caracteriza fundamentalmente y en los más de los casos, por que en ella está en riesgo la vida del afectado" (STS 24.1.1997, entre otras), constituyendo indicios que delimitan tal concepto la imprevisibilidad del suceso, esto es, ha de tratarse de una situación de necesidad que se presenta de forma súbita y repentina (SSTS de 9 de junio de 1988 y 25 de octubre de 1999) y además, la urgencia vital debe venir acompañada de la imposibilidad de ser atendido en los servicios públicos, que puede deberse o bien al alejamiento geográfico (SSTS de 11 de junio de 1990, o a que los servicios públicos no cuenten con los medios adecuados para prestar la asistencia requerida o, cuando teniéndolos, no pudieren ser utilizados en el tiempo que la situación demandaba, siendo excesiva la tardanza (SSTS 15 de enero y 23 de marzo de 1987).

Por tanto, la excepción admitida por el art. 5.3 de RD 63/1995 que autoriza a solicitar asistencia sanitaria privada con derecho al reintegro de los gastos médicos, es el supuesto de riesgo vital, sin perjuicio del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por un anormal funcionamiento del Servicio Nacional de Salud, en el caso que se considere que ha mediado una denegación injustificada de asistencia (STS 25.11.2003). Es cierto que en la Sentencia de esta Sala de 30.10.2003 (rec. NÚM. 660/2003) interpretó el art. 5.3 de la norma reglamentaria citada, en el sentido de entender que los supuestos de denegación indebida de asistencia y error de diagnóstico en situación de urgencia pueden determinar un reintegro de gastos, interpretando que la asistencia sanitaria prestada por un servicio público de manera incorrecta y errónea equivale, a una denegación injustificada y habilita al paciente a recurrir a entidades privadas, con el consiguiente derecho al reintegro de gastos. Ahora bien, no puede obviarse que en el supuesto concreto que analiza dicha resolución, se había acreditado la necesidad de urgente asistencia sanitaria de la actora, así como el peligro que la situación suponía para su vida.

Ahora bien, al margen de que pueda ser o no equiparable a la urgencia vital las causas que se invocan, en el presente supuesto y a la vista del inmodificado relato de hechos probados, no puede considerarse que se haya incurrido en error de diagnóstico grave en situación de urgencia, ni en un supuesto de desatención por parte de la Seguridad Social ya que, estando diagnosticada la actora de crisis convulsivas, fue sometida a diversos tratamientos farmacológicos y de consulta, según consta en el hecho probado primero, siendo la propia demandante la que decide acudir a un centro privado, en el mes de julio de 2006, sin que conste que hubiera expuesto ninguna queja ante los servicios públicos de salud, diagnosticándosele en dicho centro privado, una epilepsia focal parietal para la que se pauta un nuevo tratamiento farmacológico, presentando en la actualidad, un buen control de las crisis concomitales (HP 2º). Estos datos no permiten inferir la existencia de un error de diagnóstico grave, ni tampoco una situación de riesgo vital o de urgencia, en el sentido antes expuesto, por lo que, tal como se razona en la sentencia, el reintegro de gastos debió ampararse en la responsabilidad patrimonial de la administración, debiendo haberse planteado la cuestión ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.e) de la Ley 29/1998, que establece que corresponde a dicho orden el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de

gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario. (TS Sala 4ª, de 25 de noviembre de 2003, rec. 4238/2002).

FALLAMOS

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por Dª. XXXXXXXXXXXX frente a la sentencia núm. 163/08, de fecha 22 de abril de 2008 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Santander en autos núm. 51/08 seguidos a su instancia frente al CCCCCCCCCC y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos todos sus pronunciamientos. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, previniéndoles de su derecho a interponer contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro de los diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvanse, una vez firme la Sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

Así, por esta nuestra sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

- Efectos del cómputo del plazo de prescripción por defectuosa asistencia sanitaria

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE DICIEMBRE DE 2008

Esta Sentencia analiza, en materia de responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria, la distinción a los efectos del cómputo del plazo de prescripción, entre daño permanente y daño continuado a raíz de la situación en la que queda el paciente tras haberle diagnosticado una meningitis aguda. El Tribunal dice que las secuelas que presenta el ahora niño no son susceptibles de catalogarse como daño continuado, por lo que el dies a quo hay que tomarlo el día en que se hizo el diagnóstico definitivo con las previsibles secuelas que iba a presentar el paciente, por lo que se les ha pasado ya el plazo del año.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

- Imprescriptibilidad ante el silencio administrativo de la Administración

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 3/2008, DE 21 DE ENERO

El Tribunal Constitucional estudia la incidencia procesal que tiene el silencio administrativo negativo y hasta qué punto puede verse afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE. En concreto, el recurrente reclamó el abono de cantidades que la Administración le debía por haber sido contratado mediante un contrato laboral y, debido al silencio de la Administración frente a su petición, volvió a dirigirle una reclamación por esa cantidad que la Administración no resolvió motivo por el cual el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo.

El Tribunal de instancia declaró la inadmisibilidad del recurso porque el demandante debió recurrir en el plazo de los seis meses siguientes a la primera desestimación por silencio; por el contrario el Tribunal Constitucional entiende vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción del recurrente, ya que no se puede imponer al ciudadano un deber de diligencia que no se le exige a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos.

Texto completo: <http://www.tribunalconstitucional.es>

- Régimen de plazos y silencio administrativo en materia sanitaria

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO, DE 14 DE OCTUBRE DE 2008

Interesante sentencia del TSJ del País Vasco, porque anuda a la materia administrativa (régimen de plazos y silencio administrativo) la especificidad sanitaria, y sobre todo porque reconoce el derecho al reintegro de gastos no exclusivamente en base a lo que decía el 5.3 del derogado RD 63/95 (actual RD 1030/2006) sino en base a la normativa administrativa común.

Se trata de una joven afecta de parálisis facial congénita izquierda; los facultativos que la han tratado no aconsejaron ninguna intervención quirúrgica hasta alcanzar al menos los 18 años de edad; una vez alcanzada esa edad, los facultativos del Servicio que la trataba en "OSAKIDETZA" recomendaron tratamiento quirúrgico corrector de la secuela facial, informando a los padres de la joven de que ese tipo de intervenciones de microcirugía no se realizaba en el Servicio Vasco de Salud por la que se derivó a la demandante a un centro

privado a la par que se cursó solicitud de asistencia sanitaria al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco.

Aquí viene lo importante de la sentencia. La resolución de la administración se dictó trascurridos 90 días, y por tanto la cuestión de fondo que se plantea es en base a la Ley 30/1992 modificada por la Ley 4/99, los efectos del silencio administrativo deben ser estimatorios.

Esto es lo que pretendía la demandante, y a tal efecto invoca la aplicabilidad del RD 286/2003, de 7 de marzo y su anexo sobre duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia sanitaria, que contempla dos plazos:

- a) un plazo de 1 día para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria
- b) un plazo de 90 días (los tres meses que como regla general fija la LRJAP y PAC) para el reintegro de gastos por asistencia sanitaria prestada por medios ajenos a la SS.

Pese a que ninguno de los plazos antes citados se avienen al caso concreto (no olvidemos que la solicitud que se cursó era de autorización para la realización de la intervención, supuesto que no encuentra acomodo en ninguno de los plazos antes citados), el Tribunal dice que el plazo aplicable es el de 90 días, y como la resolución se dictó y se notificó pasados los 90 días, cabe entender que se autorizó dicha intervención por la administración (silencio positivo) y por ende, hay que reintegrar a la paciente los gastos ocasionados.



Texto completo:

PROFESIONES SANITARIAS:

- **Nulidad del convenio por invadir competencias de otra especialidad**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE DICIEMBRE DE 2008

Interesante Sentencia que declara nulo un convenio de colaboración entre el Servicio Andaluz de Salud y el Colegio de ópticos por considerar que las funciones que se encomendaban en el convenio a los ópticos van más allá de las que le son propias y constituyen una invasión de las competencias de los médicos oftalmólogos, todo ello a la luz de los informes periciales emitidos, el tenor literal del propio convenio y los art. 47 y de la LOPS.

Texto completo: <http://www.poderjudicial.es>

FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- Trastornos psiquiátricos y Derecho: Responsabilidad penal, internamientos, incapacitación...

Los asistencia sanitaria en enfermos psiquiátricos, es un poco especial debido la falta de conciencia que este tipo de enfermos tienen sobre su enfermedad, la falta de gobernabilidad sobre su persona, etc. Por ello los médicos especialistas en este materia se ven obligados a conocer la legislación sanitaria aplicable a su especialidad, en casos como son, los requisitos necesarios para la autorización judicial de los internamientos involuntarios o su posible incapacitación y nombramiento de tutor o/y curador, etc.

También y como consecuencia de su enfermedad, en ocasiones, realizan actos tipificados como delito, careciendo de capacidad mental para conocer y querer, que son los requisitos necesarios para determinar la imputabilidad del enfermo, por lo que los informes del psiquiatra relacionando los hechos con la fase de su enfermedad, será básico para eximirle de responsabilidad penal.

Respecto al documento de consentimiento, frecuentemente debe darse por representación de los familiares o tutores para determinados tratamientos, también otras actividades como puedan ser la inmovilización de pacientes agitados, los informes para esterilización de personas incapacitadas, los informes de discapacidad de estos enfermos y la ley de la dependencia, etc. obligan a médicos y a juristas a conocer los requisitos legales de muchas de las actividades del psiquiatra.

Más información: <http://www.tirant.com>

BIOÉTICA y SANIDAD

CUESTIONES DE INTERÉS

- Estado mundial de la infancia 2009. Salud maternal y neonatal.

El Estado Mundial de la Infancia 2009 examina cuestiones fundamentales relacionadas con la salud materna y neonatal, y hace hincapié en la necesidad de establecer una atención continua de las madres, de los recién nacidos y de los niños. El informe describe los últimos paradigmas en las políticas y programas sanitarios para las madres y los recién nacidos y explora políticas, programas y alianzas destinadas a mejorar la salud materna y neonatal. Este informe se centra sobre todo en África y Asia, y complementa el ejemplar del año pasado sobre supervivencia infantil.

Texto Completo: <http://www.unicef.org>

- Estrategia en materia de salud en la UE (2008-2013)

La estrategia en materia de salud (2008-2013) se concibe como un marco coherente que oriente las actividades esenciales de la Comisión Europea en materia de salud. Lo que se persigue es obtener resultados concretos en la mejora de la salud de los ciudadanos comunitarios. Para ello se proponen cuatro principios fundamentales en torno a los cuales fija tres objetivos estratégicos:

- 1) Aumentar la salud en una Europa que envejece
- 2) Proteger frente a las amenazas contra la salud
- 3) Fomentar sistemas sanitarios dinámicos y que usen nuevas tecnologías.

Texto Completo: <http://www.easp.es>

- Perspectivas político-legislativas sobre la eutanasia

La demanda de eutanasia de un paciente terminal con mucho sufrimiento es excepcional y puede ser resuelta casi siempre con cuidados paliativos, pero no puede descartarse que haya pacientes que persistan en su demanda. Para que ésta pueda llevarse a cabo es

preciso regular la eutanasia tras un amplio debate en sociedad, perfectamente factible en España. En este artículo se plantean argumentos en favor y en contra de esta regulación y se concluye que hay que regular siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos. Por esta razón es imprescindible que la autoridad pública pueda examinar cada caso en todos sus detalles. Se revisa la experiencia holandesa y se propone una serie de condiciones para desarrollar esta regulación

Texto Completo: <http://www.fundacionmhm.org> - Fondo editorial - Revista nº1

- **Guía de buena práctica clínica en abordaje de las situaciones de violencia en el anciano, la mujer y el niño.**

El médico de familia, por la accesibilidad que presenta su atención ocupa un lugar privilegiado para poder realizar intervenciones encaminadas a la prevención, detección precoz y abordaje de las situaciones de violencia en el hogar. Las organizaciones e instituciones promotoras de este trabajo, conocedoras de estas dificultades, han apostado por ofrecer al médico de familia un instrumento que le ayude a conocer aquellos aspectos más definitorios de cada uno de los tipos de violencia familiar y proporcionarle herramientas para su abordaje. Una forma de mantener un alto grado de calidad y responder a las exigencias de la Medicina Basada en la Evidencia es el establecimiento de unas normas de actuación acordes con el conocimiento científico. Ello es lo que pretenden las «Guías de Buena Práctica Clínica» en los distintos cuadros médicos.

Elaboradas por médicos pertenecientes al ámbito de la Atención Primaria, que vierten en ellas la experiencia de su trabajo y larga dedicación profesional y se dirigen a médicos que ejercen en ese medio; por tanto, su contenido es eminentemente práctico y traduce lo que el profesional conoce de primera mano, ayudándole a la toma de la decisión más eficiente.

Texto Completo: <http://www.msc.es/>

- **Ética y seguridad de los pacientes**

Este artículo nos muestra un caso clínico donde tanto los profesionales implicados en el caso, como la organización una vez enterada de lo sucedido, no asumen sus responsabilidades éticas ni jurídicas que les corresponde. Estas obligaciones o responsabilidades se articulan en torno a los principios de no-maleficencia, justicia, autonomía y beneficencia y se realizan mediante la consecución de una auténtica cultura de la seguridad dentro de nuestras organizaciones sanitarias. Cultura que en los próximos años será la preocupación central de nuestros sistemas.

Texto Completo: <http://www.fundacionmhm.org> - Fondo editorial- Monografía nº8

- Aspectos éticos y deontológicos del rechazo al tratamiento médico por el paciente preso

La relación asistencial descansa sobre los pilares clásicos de autonomía, beneficio para el paciente, justicia y no maleficencia. Las normas deontológicas son los principios que deben guiar la conducta profesional, no tienen fuerza jurídica, pero están autoimpuestas por el grupo y obligan a todos los profesionales. Aunque la capacidad de una persona encarcelada para tomar decisiones sobre las actuaciones médicas que sobre ella se pueden hacer está limitada, no hay argumentos éticos ni deontológicos suficientes como para poner cortapisas al ejercicio de la autonomía en la toma de decisiones clínicas que les afecten.

Texto Completo: <http://scielo.isciii.es>

A colación de este artículo publicamos la siguiente **Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de octubre de 2005**, pues aunque este artículo no la cite, pone en evidencia hasta qué punto cabe reconocer el derecho de autonomía decisoria a los reclusos.

En esta sentencia se condenó a la Administración Penitenciaria por responsabilidad patrimonial, por la muerte de un recluso enfermo de VIH. El Alto Tribunal da por sentado en la sentencia *"...la correcta actuación de los servicios médicos penitenciarios en el diagnóstico y seguimiento de las enfermedades que padecía el hijo del recurrente antes y durante su internamiento..."*, pero dice que la administración obró mal *"...al no adoptar, exigir e imponer el tratamiento profiláctico recetado para las infecciones clínicamente detectadas, que aquél se negó a recibir"*.

Esta sentencia ha levantado polémica, sobre todo porque en el fallecido no había ningún ánimo reivindicativo como en cambio sí lo hubo con los enfermos del GRAPO.

Texto Completo: <http://www.poderjudicial.es>

- Algunas consideraciones sobre la gestión de la demanda en los servicios sanitarios. La experiencia del Servicio de Salud de Castilla - La Mancha

En relación con la creciente demanda de los servicios sanitarios y los problemas a los que se enfrentan tanto los políticos, gestores, y los profesionales sanitarios, con las listas de espera en los últimos tiempos, el siguiente artículo hace algunas consideraciones sobre la gestión de esta demanda en los servicios sanitarios desde la experiencia del Servicio de

Salud de Castilla - La Mancha, quien a través de la Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de Garantías en Atención Sanitaria Especializada, lo ha materializado estableciendo unos tiempos de espera máximos, no solo para intervenciones quirúrgicas, sino también para pruebas diagnósticas y consultas externas.

Texto Completo: <http://external.doyma.es>

FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- Jornada de Presentación de la estrategia en Ictus del Sistema Nacional de Salud.

Lugar: Salón de actos Ernest Lluch del Ministerio de Sanidad y Consumo,
Paseo del Prado 18-20 28071 MADRID.

Fecha: 17 de marzo de 2009

Más información: <http://www.msc.es>

Inscripción: <http://www.msc.es/organizacion/sns/>

- VI Congreso Mundial de Bioética

Lugar: Gijón

Teléfonos: 985 34 81 85 y 985 35 46 66

Correo electrónico: vicongreso@sibi.org

Más información: <http://www.sibi.org>

- III Jornadas Nacionales de Medicina del Deporte

La Asociación Aragonesa de Medicina del Deporte organiza las III Jornadas Nacionales de Medicina del Deporte de la Federación Española de Medicina del Deporte. El tema de las Jornadas será el de Salud y Deporte.

Fecha: 29 y 30 de mayo de 2009

Más información: <http://femedede.es/>

- Premios Profesor Barea 2009

Jurado

D^a. Margarita Alfonso Jaén
 D^a. Ángeles Amador Millán
 D. Josep María Capdevila i Miravert
 D. José Ignacio Echániz Salgado
 D. Alfredo García Iglesias
 D. Fernando Lamata Cotanda
 D^a. Elena Miravalles González
 D. Javier Moreno Barber
 D. Gregorio Peces Barba Martínez
 D. José Manuel Romay Beccaría
 D. José María Segovia de Arana
 D. Jerónimo Saavedra Acevedo
 D. Xavier Trías i Vidal de Llobatera
 D. Juan Velarde Fuertes

Asesoras Técnicas

D^a. Carmen Pérez Mateos
 D^a. Isabel Prieto Yerro



INDICACIONES GENERALES

- ✓ Pueden optar a los Premios Profesor Barea todas las Instituciones públicas o privadas relacionadas con el sector sanitario.
- ✓ Los Premios están destinados a proyectos inéditos, finalizados o en fase avanzada de desarrollo que supongan una mejora sustancial en la gestión y evaluación de costes sanitarios.
- ✓ Además de los premios económicos, los trabajos finalistas serán publicados por la Fundación Signo.
- ✓ El plazo para la presentación de trabajos finaliza el 31 de marzo de 2009.
- ✓ La entrega de los Premios en todas sus modalidades se realizará a finales de mayo de 2009.
- ✓ En caso de cualquier duda contacte por favor con nosotros en www.fundacionsigno.com o en secretaria@fundacionsigno.com

Premios
 Profesor
 Barea
 2009

7 edición



Más información: Secretaría Fundación Signo

C/ Infanta Mercedes 92, bajo
 28020 Madrid
 Tel.: 91 579 58 32 – 629 685 190

- Veinte años de bioética en España

La Cátedra de Bioética de Comillas fue fundada en 1988 y se celebran ahora sus 20 años. Durante este tiempo la cátedra ha realizado numerosas: publicaciones, seminarios, jornadas, máster, docencia...

Autor: Javier de la Torre

Edición: Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 2008.

Más información: <http://www.bioetica-debat.org/>

- Bioética. Principios, desafíos y debates

A partir de la defensa de una “bioética de mínimos” que se articula en torno a los clásicos principios de autonomía individual, beneficencia, no maleficencia y justicia en el reparto de beneficios y cargas, los autores analizan los muchos desafíos éticos y jurídicos que suscita el avance de la biomedicina en los contextos de la reproducción humana, las relaciones sanitarias, el final de la vida y en la investigación y experimentación. Con una mirada crítica sobre el modo en el que aquellos principios se han plasmado en la legislación y en las decisiones de los tribunales en distintos ámbitos y países, los autores nos invitan a repensar abierta y racionalmente los dilemas éticos relativos a la clonación, el empleo de células troncales embrionarias, el rechazo de tratamientos médicos, la mejora genética, los contratos de maternidad de sustitución o los trasplantes de órganos, por citar tan sólo algunos de los debates bioéticos sobre los que el lector encontrará en estas páginas cumplida información, y una sagaz y amena reflexión.

Autores: Pablo Lora y Marina Gascón

ALIANZA EDITORIAL, 2009

Más información: <http://www.internetlibros.com>

- Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia

Este libro trata sobre sufrir y morir. Pretende aportar conocimientos y suscitar actitudes para que los médicos puedan hacer frente al reto de la eutanasia y a otros que giran en torno al sufrimiento y a la muerte.

Autor: Manuel Gómez Tomillo

Más información: <http://www.unioneditorial.co.uk/>

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a catorce de octubre de dos mil ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Iltmos. Sres. DON MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente, DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR y DOÑA ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados, ha pronunciado, EN NOMBRE DEL REY la siguiente,

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto conjuntamente por DON XXXXXXXX y DOÑA XXXXXXXXX, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Bilbao, de fecha 4 de Abril de 2008, dictada en proceso que versa sobre AUTORIZACION PARA INTERVENCION SANITARIA PRIVADA Y REINTEGRO DE PRESTACIONES (SSO) , y entablado de manera unánime por los - hoy recurrentes -, DON XXXXXXXX y DOÑA XXXXXXXXX, frente al DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO, es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, quien expresa el criterio de la - SALA -.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por Demanda y terminó por Sentencia, cuya relación de Hechos Probados, es la siguiente:

1º.-) "El demandante XXXXXXXX se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el número NUM000 y es titular de la TIS del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco nº NUM001 siendo beneficiaria de dicha afiliación su hija XXXXXXXX nacida el 6 de julio del 1987.

2º.-) Su hija XXXXXXXXX se encuentra afecta de parálisis facial congénita izquierda y desde su nacimiento está siendo atendida por el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital de Basurto.

Los doctores XXXXXXXXXXXX adscritos al mencionado Servicio, no aconsejaron intervención quirúrgica alguna para corregir dicho padecimiento hasta que la menor alcanzase por los menos los 18 años de edad, momento en que los tendones y músculos afectados dejaron de crecer y desarrollarse.

Como consecuencia de esta lesión la menor presentaba una asimetría en la expresión de la hemifacies izquierda apreciable a primera vista causándole el comprensible daño psicológico.

3º.-) A finales del año 2005, cumplidos y a los 18 años los doctores del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital de Basurto en consulta rutinaria recomendaron el tratamiento quirúrgico demorado corrector de la secuela facial. Los facultativos informaron a los padres de la demandante que en el Hospital de Basurto no se realizaban operaciones del tipo de microcirugía que requería la dolencia de Patricia, derivándoles a la consulta del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital de Cruces.

En consulta efectuada por la doctora xxxxxxx de dicho Hospital se les manifestó que

tampoco en Cruces se realizaban este tipo de operaciones, por lo que volvieron a la consulta Dr. xxxxxxxx en Basurto.

Dicho doctor los derivó al Dr. xxxxxxxx del Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante especialista en la técnica quirúrgica para corregir la secuela estético -funcional del lado izquierdo de la cara de la demandante, mediando una carta de presentación del propio Dr. xxxxxx Dr xxxxxx .

El propio Servicio de Cirugía del Hospital de Basurto cursó solicitud de asistencia sanitaria a los Servicios Centrales del Departamento de Sanidad, bajo el modelo normalizado de propuesta a iniciativa del facultativo con las firmas del Jefe de Servicio, del Director Médico y del Médico solicitante.

4º.-) Tras el examen de la paciente y la recomendación favorable Don. xxxxxx del Centro de Levante, con el expediente remitido de la paciente a dicho doctor, se fijó la primera intervención con fecha 1-08-2006.

Con fecha 12 de julio del 2006 se dicta Resolución por la que se deniega la autorización previa iniciadora del expediente, que es notificada al demandante con fecha 7 d e agosto del 2006 cuando xxxxxxxx ya había sido intervenida, consistente dicha intervención en injerto del nervio sural crossfacial a rama zigomática derecha funelizado por labio superior.

Con fecha 8-9-2006 se interpone ante la citada Resolución la correspondiente Reclamación Previa ante la Dirección de Financiación y Contratación que fue desestimada con fecha 23-02-07 que dejó abierta la vía jurisdiccional.

5º.-) Con fecha 13 de Febrero del 2007 se realizó la segunda fase de la operación consistente en la transferencia microneuro vascular muscular.

Los gastos efectuados por la asistencia sanitaria prestada por las dos intervenciones ascienden a las siguientes cantidades:

- * Honorarios Dr. xxxx: consulta y dos intervenciones quirúrgicas: 17.200, 00 euros.
- * Honorarios de la Dra. xxxxxxxx anestesista: 1.400,00 euros.
- * Facturas del Hospital "9 de Octubre" de Valencia: 2.885,58 euros.
- * Factura del hotel "xxxxx" de Valencia: 209,72 euros.
- * Gastos farmacéuticos: 50,30 euros.

Dichas cantidades se reclamaron ante el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco que dictó Resolución desestimatoria del reintegro de gastos de asistencia sanitaria con fecha 13 de febrero del 2007 y contra la que se interpuso la correspondiente Reclamación Previa de fecha 9 de mayo del 2007 que igualmente fue desestimada dejando abierta la vía jurisdiccional".

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia dice:

"Que desestimando la demanda interpuesta por xxxxx y xxxx frente al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco en materia de cantidad debo absolver como absuelvo a la demandada de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, confirmando las resoluciones administrativas".

TERCERO.- Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por los anteriormente reseñados, DON xxxx y DOÑA xxxx, que fue impugnado por el demandado, DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO.

CUARTO.- Elevados los autos a este Órgano Colegiado, los cuales tuvieron entrada en Secretaría el 26 de Junio de 2008, y comunicada a las partes personadas en la presente instancia la designación de Ponente, por medio de Diligencia de Ordenación que data del mismo día, y la fecha señalada para la Deliberación y Fallo del Recurso, la cual fue fijada para el siguiente 7 de Octubre, a través de Providencia del anterior 14 de Julio, se dispuso el pase del procedimiento a la Iltra. Sra. Magistrada nombrada a tal efecto, para el examen y subsiguiente resolución por la Sala de la cuestión suscitada.

QUINTO.- El día determinado se llevó a efecto la deliberación mentada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha desestimado la demanda interpuesta por D. xxxx y Dña. xxxx contra el DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO, absolviendo al demandado de la pretensión de reconocimiento del derecho de la Sra. xxxx a la asistencia sanitaria prestada fuera del Sistema Nacional de Salud, a los efectos del reembolso y reintegro de los gastos ocasionados.

La sentencia es recurrida en suplicación por los demandantes.

Impugna la parte recurrente la Sentencia de instancia con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989, y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en

autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente para modificar el hecho probado tercero - aunque en realidad se refiere, dado el texto que invoca, al fundamento de derecho tercero -, solicitando se incluya que la iniciativa de la asistencia sanitaria objeto del litigio se cursó por el director médico, el médico solicitante y el jefe de servicio. Pretensión que no va a estimarse, dado que así exactamente obra en el hecho probado tercero.

SEGUNDO.- El artículo 191-c) de la Ley de Procedimiento Laboral recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 191-c) de la Ley de Procedimiento Laboral, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 42.2 y 3, 43.2 y 57.2 de la LRJA y PAC y el RD 286/2003 de 7 de marzo. Argumentan los recurrentes que según el Anexo del citado RD, el plazo máximo

para la resolución y notificación del procedimiento para el reintegro de gastos por asistencia sanitaria prestada en medios ajenos a la Seguridad Social es de 90 días y no de cuatro meses. Añade que la solicitud de asistencia sanitaria, firmada por los tres facultativos responsables del servicios, se envió por fax al Departamento de Sanidad el 16 de marzo de 2006 y que la administración sólo respondió por Resolución de 12 de julio de 2006, notificada a la demandante el 7 de agosto, cuando el día 1 de este mes ya se había producido la primera de las intervenciones quirúrgicas programadas. Entiende la parte recurrente que se debe apreciar el silencio administrativo positivo, que rige a partir de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Finalmente, invoca también los principios de buena fe - artículo 7 del Código Civil - y de confianza legítima, de incorporación a la jurisprudencia del TS.

Recordemos ahora los hechos declarados probados, según el relato de la sentencia de instancia. Son los siguientes: la demandante, Dña. xxxx, nació el 6 de julio de 1987 y está afecta de parálisis facial congénita izquierda y viene siendo atendida desde su nacimiento por el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital de Basurto; la joven presentaba asimetría en la expresión de la hemifacies izquierda apreciable a simple vista, lo que le ha causado daño psicológico; los facultativos que la han tratado no aconsejaron ninguna intervención quirúrgica hasta alcanzar al menos los 18 años de edad; una vez alcanzada esa edad, a finales del año 2005, los facultativos del Servicio que la trataba en "OSAKIDETZA" recomendaron tratamiento quirúrgico corrector de la secuela facial, informando a los padres de la joven de que ese tipo de intervenciones de microcirugía no se realizaba en el Hospital de Basurto y remitiéndola al Hospital de Cruces, en el que tampoco se realizan, razón por la cual retornó al Hospital de origen; desde Basurto se derivó a la demandante al Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante, especialista en la técnica quirúrgica precisa, mediando carta de presentación del facultativo que la atendía; el propio Servicio de Cirugía del Hospital de Basurto cursó solicitud de asistencia sanitaria al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco mediante fax de fecha 16 de marzo de 2006 - folios 19 bis y 60 de los autos-; dicha solicitud estaba firmada por el Jefe del Servicio, el Director Médico y el Médico solicitante; tras examen de la paciente en el Centro de Levante, se fijó fecha para la primera intervención para el 1 de agosto de 2006, intervención que tuvo lugar; el 7 de agosto del mismo año se notificó a la demandante Resolución denegatoria de la autorización para la asistencia sanitaria solicitada; el 13 de febrero de 2007 se realizó la segunda fase de la intervención; los gastos a que asciende la asistencia sanitaria en cuestión 21.745,60 euros, de los cuales todos son gastos sanitarios, a excepción de 209,72 euros de gastos de hotel; se ha dictado Resolución desestimatoria del reintegro de gastos médicos.

La primera cuestión que se somete a la consideración de esta Sala es la de si la Resolución del Departamento de Sanidad demandado, notificada a los demandantes el 7 de agosto de 2006, en respuesta a una solicitud cursada mediante fax del 16 de marzo anterior debe entenderse fuera de plazo y si, en este caso, el silencio de la Administración demandada ha de ser interpretado como positivo, esto es, como estimatorio de la solicitud cursada de asistencia sanitaria.

A este respecto, hemos de recordar que el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en redacción dada por la Ley 4/1999, prevé lo siguiente, en lo que ahora nos interesa:

" 1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o

desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento.

Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación (.)".

Por su parte, el artículo 43 del mismo texto legal, bajo la rúbrica de Actos Presuntos, previene lo siguiente, también en redacción dada por la precitada Ley 4/1999 :

" 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo.

2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento.

La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

4. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen:

a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo.

b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa

posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

5. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días" .

Pues bien, de lo expuesto hemos de concluir que la solicitud de la demandante, de no haber sido expresamente resuelta en plazo por la Administración requerida, debió haberse entendido estimada por silencio administrativo, dado que no se encuentra entre las excepciones que a esta norma general se contienen en el apartado 2 del artículo 43 que acabamos de transcribir.

En consecuencia, para determinar si en el presente caso el silencio administrativo positivo ha actuado o no lo ha hecho, hemos de precisar cuál era el plazo en el que el Departamento de Sanidad demandado debió haber dado respuesta expresa a la solicitud de los ahora recurrentes. A tal efecto, hemos de acudir, tal como ha entendido la recurrente, al RD 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social. El Anexo de este RD, referido a "Plazo máximo de resolución y notificación en los procedimientos" contempla, en relación a la materia que ahora nos ocupa, dos plazos: de un lado, un brevísimo plazo de un día para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria y, de otro lado, un plazo de noventa días para el reintegro de gastos por asistencia sanitaria prestada con medios ajenos a la Seguridad Social.

Cierto es que ninguno de estos dos plazos responde estrictamente a la cuestión que nos ocupa, que, en primer término se trata de la solicitud de asistencia sanitaria en medios ajenos a la Seguridad Social, pero hemos de entender que este segundo plazo de noventa días es el aplicable. No lo es, desde luego, el de un día, que hemos de considerar relativo a la asistencia sanitaria en la propia red pública. Pero sí lo es el del reintegro de gastos, puesto que a ello se asimila la propia solicitud previa de asistencia sanitaria fuera de la sanidad de la Seguridad Social. Por otra parte, a igual solución llegaríamos si entendiéramos que el RD 286/2003 no contempla un expreso plazo de resolución para el procedimiento de solicitud de asistencia sanitaria fuera de la Seguridad Social, ya que el antes transcrito artículo 42 Ley 30/1992, en su apartado 3 , según el cual, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses, a contar, en los supuestos de procedimientos que, como en el caso que nos ocupa, han sido iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

En definitiva, la solicitud de la demandante, con la firma de los tres facultativos antes mencionados, se presentó por Fax ante el Servicio de Atención al Paciente el 16 de marzo de 2003 - folios 19 bis y 60 de los autos -, y sólo se notificó la Resolución denegatoria el 7 de agosto de 2006, transcurrido los plazos de resolución y notificación de 90 días y tres meses a que acabamos de referirnos. Conviene a este respecto matizar que, incluso si se tomara como fecha de solicitud la de 21 de abril de 2006, que la Resolución notificada el 7 de agosto contempla, para esta fecha de notificación ya habrían transcurrido los plazos

indicados.

Así, debió entenderse por la instancia que la solicitud de asistencia sanitaria a prestar a la Sra. xxxxxxxxx fuera del sistema sanitario de "OSAKIDETZA", formulada el 16 de marzo de 2006, quedó estimada por el efecto positivo del silencio o falta de respuesta de la administración requerida en los plazos indicados.

En consecuencia, este motivo del recurso será estimado.

Esta estimación conlleva ya la estimación de la demanda, puesto que el Departamento demandado ha de hacer frente a los gastos sanitarios derivados de la asistencia prestada fuera del sistema público mediando autorización, como es el caso, dado que hemos entendido autorizada la intervención quirúrgica por el efecto positivo del silencio administrativo. Repárese que la intervención en cuestión sólo se realizó una vez transcurrido el plazo de respuesta de la Administración y que la demandante nunca se había apartado de la asistencia sanitaria pública, lo que supone que su conducta ha sido respetuosa del procedimiento establecido y que sólo fue intervenida en el hospital privado cuando tuvo la certeza - luego discutida por la administración demandada - de que su solicitud debía considerarse admitida.

CUARTO.- El último motivo del recurso denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 5.3 RD 63/1995, sustituido por el artículo 4.3 RD 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre reordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud, en relación con lo dispuesto en los artículos 43 CE y 38 y 115 LGSS. Se argumenta por los recurrentes que concurre urgencia vital, atemperada pero real, aunque distinta del peligro de muerte; que la intervención cuyos gastos se solicita se reintegren fue recomendada por los facultativos del sistema sanitario público que la venían tratando y que se trata de un supuesto de denegación injustificada de asistencia sanitaria.

El derecho a la asistencia sanitaria del beneficiario de nuestro sistema público de seguridad social no incluye, como regla general, la cobertura de los gastos que haya tenido por recibir esa asistencia a través de medios distintos a los designados por él por la Entidad Gestora de la prestación (art. 17 de la Ley General de Sanidad, art. 102-3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2.065/1.974, de 30 de Mayo, y art. 5-1 y 2 del R. Decreto 63/1.995, de 20 de Enero).

Sin embargo, el precitado Real Decreto 63/1995, en su artículo 5. 3, habilitado por lo dispuesto en el mismo art. 102-2 LGSS, contempla un supuesto en el que dicha regla básica se exceptúa, configurando un derecho del beneficiario de la prestación al reintegro de los gastos ocasionados por tal causa: en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, cuando no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del sistema público y no se utilicen en forma desviada o abusiva. Conviene hacer constar que, pese a que el RD 63/1995 ha sido derogado por el RD 1030/2006, no habiendo éste entrado en vigor sino el 17 de septiembre de dicho año, a los hechos enjuiciados les es de aplicación lo dispuesto en la norma derogada, puesto que se produjeron vigentes la misma.

Para poder comprender bien el alcance de ese derecho al reembolso se hace preciso, no obstante, enmarcarlo dentro del derecho más general que tiene el beneficiario de la seguridad social a recibir asistencia sanitaria. En tal sentido, es capital comprender que el sistema público de seguridad social no está obligado a dispensar cualquier tipo de tratamiento sanitario. Concretamente, en el Anexo I del R. Decreto 63/1995, al que remite su art. 5-2, se describen las prestaciones sanitarias con cargo a la seguridad social.

Conviene añadir a lo dicho que los Tribunales vienen a equiparar la denegación

injustificada de asistencia o el error de diagnóstico a las situaciones de urgencia vital, por lo que la asistencia sanitaria privada habría de ser satisfecha por el servicio de salud público correspondiente, pero siempre limitándose a los gastos necesarios para obtener una correcta valoración del origen de las dolencias. Por otra parte, también conviene precisar que por urgencia vital entienden los Tribunales no sólo el peligro para la vida, sino también el riesgo para la integridad de órganos importantes o el deterioro en la integridad de la salud del paciente o por poner en peligro su curación definitiva; pero no basta que el tratamiento alternativo sea simplemente beneficioso o mejore sus expectativas de vida, ni es aplicable a aquellos supuestos en los que la intervención no es apremiante ni imprescindible. También se ha estimado el reintegro de gastos en los supuestos de demora excesiva en el tratamiento, unido a la urgencia del mismo o por carencia de instalaciones adecuadas.

En el presente caso la cuestión estriba en determinar si procede el reintegro de los gastos causados por la realización de una intervención quirúrgica de Cirugía Plástica para la corrección de una parálisis facial congénita que produce asimetría en la expresión de la hemifacies izquierda apreciable a primera vista con daño psicológico, todo ello en las circunstancias antes expresadas.

Pues bien, en este caso debemos concluir que, en este caso, concurren circunstancias excepcionales que nos van a llevar a estimar el recurso y, con ello, la demanda iniciadora del litigio. Nos referimos a la gravedad de la dolencia de la joven xxxxxx y el camino de padecimiento que viene sufriendo desde su nacimiento, habiendo debido esperar a someterse a una intervención quirúrgica a cumplir la edad de dieciocho años, y habiendo sido recomendada tal intervención por los tres facultativos antedichos, y no habiendo podido ser realizada la intervención en cuestión en la red de "Osakidetza", por no ofrecerse tal servicio. Por otra parte, la denegación no está suficientemente justificada: de un lado, ya que no ha habido resolución expresa en tiempo; de otro, porque la resolución extemporáneamente dictada manifiesta no haber urgencia y ser buena la situación, lo que choca frontalmente con el criterio de los tres cualificados facultativos que recomendaron y solicitaron la intervención de referencia.

Concurre, además, una circunstancia absolutamente excepcional, cual la anteriormente analizada, de no haber respondido el organismo demandado a la solicitud de asistencia sanitaria en la red privada dentro del plazo previsto para ello, jugando la institución del silencio positivo, tal como más arriba hemos señalado, lo que supone que la intervención practicada se hallaba realmente autorizada.

De ahí que el recurso deba ser definitivamente estimado, con estimación de la demanda iniciadora de este pleito. Únicamente se desestimarán los gastos de hotel, por importe de 209,72 euros, dado que los mismos, pese a estar acreditados, no se entienden justificados en relación a la necesidad de pernoctación.

QUINTO.- No procede hacer declaración sobre costas, por haber vencido la parte recurrente (artículo 233-1 LPL).

F A L L A M O S

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON xxxx y DOÑA xxxx, frente a la Sentencia de 4 de Abril de 2008, del Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, en autos nº 241/07, revocando la misma, estimando la demanda iniciadora de estas actuaciones

dirigida por los citados demandantes frente al DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO, condenando a éste a que les abone la cantidad de 21.535,98 euros en concepto de reintegro de gastos de asistencia sanitaria, condenando a su abono al Departamento demandado.

Notifíquese esta Sentencia a las partes intervinientes en el proceso y al Ministerio Fiscal.

Una vez **FIRME** lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de procedencia del Recurso, junto con Testimonio de la presente Resolución, para dar cumplimiento al Fallo recaído, expidiéndose otra certificación que se unirá al Rollo a archivar por esta SALA, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Il^{ta}. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.