













ACTUALIDAD JURÍDICA

S U M A R I O

1. LEGISLACIÓN

Página

-  Resolución del Parlamento Europeo sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública. 4
-  Real Decreto por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para el ejercicio 2011. 4
-  Real Decreto sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. 4
-  Decreto por el que se regula la utilización de medios electrónicos y medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación en la JCCM. 4
-  Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social de modificación del mapa sanitario de C-LM en Zonas Básicas de Salud de las Áreas de Salud de Albacete y Cuenca. 5
-  Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social por la que se crea el Registro de Biovigilancia de C-LM. 5
-  Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte en la Comunidad Autónoma de Aragón. 5
-  Decreto por el que se crea la Comisión Técnica de Investigación en Salud de Baleares. 5
-  Decreto de Regulación de la actuación del personal de enfermería en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Baleares. 5
-  Decreto por el que se aprueba el programa público de donación de ovocitos de Extremadura y se crean la Comisión Extremeña de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 6

2. CUESTIONES DE INTERÉS

PERSONAL :

- ☞ Provisión de puestos en concurso interno de movilidad: STSJ C-LM [7](#)
- ☞ Aplicación de medidas recogidas en el Decreto 3/2010, sobre medidas urgentes de contención del gasto al personal laboral del Hospital de Santa Caterina: SJS Girona [7](#)

CONTRATOS

- ☞ Cesión ilegal de mano de obra en el marco de un contrato administrativo de servicios: STS [8](#)

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL:

- ☞ La obligación de medios y la obligación de resultados en las intervenciones de cirugía estética: STS [9](#)
- ☞ La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicios sanitarios: Comentario [10](#)

PROTECCIÓN DE DATOS

- ☞ No existe intromisión ilegítima cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio: STS [18](#)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

- ☞ La prescripción del plazo de prescripción y el empleo del burofax: STS [19](#)

3. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- 📖 Código de Derecho Sanitario [21](#)

BIOÉTICA y SANIDAD

1. CUESTIONES DE INTERÉS

- ☞ Maleficencia en los programas de prevención [22](#)
- ☞ Derechos en el final de la vida: Proyecto de Ley y comunicado de la OMC y de la SECPAL [22](#)
- ☞ Autogestión en la atención primaria española. [23](#)
- ☞ Desarrollo de indicadores poblacionales en Salud Pública [23](#)
- ☞ El Observatorio Regional de Cuidados Paliativos edita una guía de atención a enfermos en fase terminal y a familiares [23](#)
- ☞ Libro Blanco de la Sanidad de Madrid [24](#)
- ☞ Declaración de Voluntades Anticipadas, Documento de Instrucciones Previas o Testamento Vitalen España con doble vertiente sanitaria y social [24](#)

2. FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- 📖 Curso: "Bioética 4 x 4" [25](#)
- 📖 VI Curso de Verano: "Metodología de la Enseñanza y la Investigación en Bioética" [25](#)
- 📖 Seminario "la atención sanitaria a ciudadanos de la UE" [25](#)
- 📖 Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de Conciencia [26](#)

Comité Editorial:

David Larios Risco

Vicente Lomas Hernández

Lola González García

José M^a Redondo de Lucas

(Servicios Jurídicos - Secretaría General)

S
U
M
A
R
I
O

ACTUALIDAD JURÍDICA

LEGISLACIÓN

- Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública.
 - o D.O.U.E. núm. C 161 de 31 de mayo de 2011, pág. E 38

- Real Decreto 569/2011, de 20 de abril, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para el ejercicio 2011.
 - o B.O.E. núm. 112 de 11 de mayo de 2011, pág. 47933

- Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y se establecen las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2011.
 - o B.O.E. núm. 112 de 11 de mayo de 2011, pág. 47936

- Decreto 54/2011, de 17/05/2011, por el que se regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
 - o D.O.C.M. núm. 97 de 20 de mayo de 2011, pág. 18793

- **Orden de 03/05/2011, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de modificación del mapa sanitario de Castilla-La Mancha en Zonas Básicas de Salud de las Áreas de Salud de Albacete y Cuenca.**
 - o D.O.C.M. núm. 101 de 26 de mayo de 2011, pág. 20268

- **Orden de 04/05/2011, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se crea el Registro de Biovigilancia de Castilla-La Mancha.**
 - o D.O.C.M. núm. 97 de 26 de mayo de 2011, pág. 18927

- **Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte en la Comunidad Autónoma de Aragón.**
 - o B.O.E. núm. 115 de 14 de mayo de 2011, pág. 49076

- **Decreto 40/2011 de 29 de abril, por el que se crea la comisión técnica de investigación en salud de Baleares.**
 - o B.O.E. núm. 83 de 7 de abril de 2011, pág. 36172

- **Decreto 52/2011, de 20 de mayo de regulación de la actuación del personal de enfermería en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Baleares.**
 - o B.O.I.B. núm. 67 de 5 de mayo de 2011, pág. 109

- Decreto 71/2011, de 13 de mayo , por el que se aprueba el programa público de donación de ovocitos de Extremadura y se crean la Comisión Extremeña de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los Registros de donantes de gametos y preembriónes de Extremadura y de actividades y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida de Extremadura.
 - o D.O.E. núm. 95 de 19 de mayo de 2011, pág. 12495

CUESTIONES DE INTERÉS

PERSONAL:

- **Provisión de puestos en concurso interno de movilidad.**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha, de 24 de septiembre de 2010

Se cuestiona en la Sentencia la legalidad de las bases de un proceso selectivo para proceder a la cobertura por convocatoria interna de cuatro puestos de informador de urgencias en el Hospital de Cuenca por permitir que puedan presentarse tanto **los celadores** como **los auxiliares administrativos**, si bien por motivos diferentes, ya que tan solo los auxiliares de enfermería cumplirían con el perfil profesional que exigiría el desempeño de estas plazas.

Respecto de la primera alegación, se discute que los celadores puedan acceder a desempeñar estas plazas que están encuadradas en el Grupo D mientras que los celadores pertenecen al Grupo E. La Sala como no puede ser de otro modo, acepta esta primera pretensión y cuestiona la razonabilidad de los argumentos empleados por la Administración ante un supuesto que *"es tan simple como que si se pertenece a un grupo determinado, no se puede desempeñar un puesto previsto para Grupo diferente"*.

Distinta suerte corre la segunda de las pretensiones, la imposibilidad de que puedan desempeñar estas funciones auxiliares administrativos por entender que estas plazas tienen un carácter fundamentalmente sanitario como lo atestigua el hecho de que la base segunda de la convocatoria haga especial hincapié en tener que *"informar sobre la situación clínica"*. La sentencia niega la premisa inicial sobre la que se asienta el argumento de la parte apelante y, de forma tajante no deja lugar a dudas cuando afirma que *"No es función de quienes trabajen en esta unidad, dar información clínica o sobre la situación clínica de los pacientes a los familiares; esta es función propia y exclusiva de los profesionales sanitarios a los que se refiere: médicos y enfermeras"*.

Texto completo: <http://sescam.jccm.es>

- **Aplicación de medidas recogidas en el Decreto 3/2010, sobre medidas urgentes de contención del gasto al personal laboral del Hospital de Santa Caterina.**

Sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Girona, de 1 de octubre de 2010

El Hospital en cuestión es un centro sanitario que se integra en el Instituto de Asistencia Sanitaria, entidad de derecho público creada por el Servei Catala de Salut.

La cuestión central no es otra que determinar si la reducción de un 5% en las retribuciones de los empleados públicos es aplicable al personal laboral que presta servicios para dicha institución sanitaria por contravenir el convenio colectivo.

El juez despeja la incógnita planteada resolviendo a favor de la plena aplicabilidad de las medidas de contención del gasto al personal laboral del hospital en base a los siguientes argumentos:

- a) El Decreto Ley es superior jerárquicamente al Convenio Colectivo.
- b) El personal laboral del Hospital le es plenamente aplicable el Estatuto Básico del Empleado Público, por lo que desde el punto de vista retributivo debe estar a lo previsto tanto en el Convenio Colectivo como en el contrato de trabajo, "debiendo respetar en todo caso lo establecido en el art. 21 de la citada ley, que impide el acuerdo de incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal".

Texto completo: <http://sescam.jccm.es>

CONTRATOS

- **Cesión ilegal de mano de obra en el marco de un contrato administrativo de servicios**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 2011

En esta sentencia, la recurrente presta servicios con la categoría de limpiadora en una empresa contratista, en concreto realizando labores de encargada en la vivienda tutelada de mayores del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana. Consta que la interesada no lleva uniforme de la empresa, recibe las órdenes de dirección y ejecución de la coordinadora de la Concejalía, no ha recibido cursos de formación por la empresa y los servicios los prestaba empleando los medios materiales que le proporcionaba el propio Ayuntamiento.

Estos y otros datos constituyen serios indicios de la presencia de una cesión ilegal de mano de obra si se contrastan con los diversos criterios a los que ha recurrido la jurisprudencia para detectar si estamos o no ante esta figura:

- a) Justificación técnica de la contrata

- b) La autonomía de su objeto
- c) La aportación de medios de producción propios
- d) El ejercicio de los poderes empresariales
- e) La realidad empresarial del contratista

Aplicando estos criterios y teniendo en cuenta que esta figura puede tener lugar *“aún tratándose de dos empresas reales, la Sala considera que en efecto en este caso no estamos ante una descentralización productiva lícita ya que la empresa “no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial”.*

¿Cabría alegar que en realidad la Administración cuando adoptaba estas medidas de índole organizativa lo era en el ejercicio legítimo de las prerrogativas reconocidas en la LCSP, y en concreto, de las facultades para dar instrucciones al contratista y de vigilar la ejecución del contrato?

El TS considera que no podemos confundir el régimen de prerrogativas de la LCSP con la dirección exclusiva del trabajo por parte de la Administración en lugar de la empresa contratista (luego parece que podría ser viable si la dirección de los trabajos fuese compartida) y además señala que no podemos invocar las cláusulas del contrato para justificar este proceder ya que tales cláusulas “no pueden obligar a terceros, y no pueden vulnerar preceptos legales imperativos”.

Texto completo: <http://sescam.jccm.es>

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

- **La obligación de medios y la obligación de resultados en las intervenciones de cirugía estética.**

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil,
de 27 de septiembre de 2010**

La reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por un inadecuado control postoperatorio de una herida quirúrgica tras habersele practicado a la paciente una abdominoplastia, conduce al TS en esta sentencia a revisar la tradicional distinción entre obligación de medios y obligación de resultados en los casos como el que se juzga que se han dado en llamar “medicina voluntaria”. El Alto Tribunal pulveriza tal distinción por entender que la obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y que *“la intervención médica está sujeta al componente aleatorio, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado*

alcanzado en la realización del acto médico (...) al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad."

En esta misma línea ya se había pronunciado el TS en sentencia de 20 noviembre 2009 al señalar que, "los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológica". En definitiva, el médico sólo responde de la no consecución del resultado pretendido si se acordó expresamente o se garantizó al paciente.

Texto completo: <http://sescam.jccm.es>

- La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la prestación de servicios sanitarios.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo C-A, Sección 4ª, Sentencia de 25 de mayo de 2010, recurso 3021/2008

1.- Antecedentes de hecho

2.- La responsabilidad patrimonial y sus elementos, analizados a la luz de la sentencia enjuiciada.

2.1 -Características.

2.2 - Requisitos

1- ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos enjuiciados son los siguientes:

La actora, de 38 años de edad, embarazada, primigesta, se le efectuaron controles de su embarazo en el Hospital de Cabueñes de Gijón con seguimiento ecográfico y práctica de amniocentesis, todas las ecografías fueron de nivel I. Se produjo el parto en fecha 24 de junio de 2003 naciendo una niña que presenta una variante del síndrome de Adams-Oliver con una minusvalía del 78%.

La parte actora viene a sostener que las ecografías efectuadas a la demandante todas ellas eran de nivel básico que no permitían el poder apreciar las malformaciones que presentaba el feto (en particular la agenesia del cuerpo calloso), y que por tanto eran inidóneas para poder efectuar un diagnóstico prenatal y que la realización de una

ecografía de nivel superior hubiera dado la oportunidad de diagnosticar la malformación que padecía el feto y que incluso dentro de las ecografías practicadas sí se detectó un crecimiento intrauterino retardado que hubiera hecho aconsejable igualmente el haber acudido a dicha ecografía de nivel superior siendo así que se privó a los padres de la opción de haber procedido a una interrupción voluntaria del embarazo. Por su parte la Administración Pública demandada y codemandada se han opuesto a la demanda al considerar que la actuación médica seguida había sido correcta y conforme a la *lex artis* exigible no existiendo certeza de que las anomalías que presentaba el feto hubieran sido apreciables aun cuando se hubiera efectuado una ecografía de nivel superior y solicitando que se dictase una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte recurrente".

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó Sentencia, el veintiocho de marzo de dos mil ocho, estima en parte el recurso contencioso-administrativo deducido contra la desestimación por la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en fecha 23 de junio de 2004; condenando a la administración demandada indemnice a los actores en 500.000 euros.

Contra dicha sentencia el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) y Zurich España Cia. de Seguros y Reaseguros, respectivamente, presentan recursos de casación interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Salud del Principado de Asturias y la aseguradora codemandada contra la sentencia del TSJ Asturias, confirmando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la procedencia de la indemnización abonada a los perjudicados.

Antes de analizar el supuesto concreto planteado en la sentencia y la solución que al mismo dio el Tribunal Supremo conviene realizar un recordatorio de los principios fundamentales en los que se asienta la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria...

2-LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y SUS ELEMENTOS

La responsabilidad sanitaria española posee unas características y un régimen jurídico muy específico que ha sufrido una importante evolución, así hemos pasado de la responsabilidad objetiva a la *lex artis* como criterio de enjuiciamiento. ART. 106.2 CE, ART. 139.1 L 30/92

3.1 CARACTERÍSTICAS

- A) AMPLIA.- Art. 144 L 30/92:
- B) UNITARIA. ART. 149.1.18 CE
- C) DIRECTA
- D) OBJETIVA

OBJETIVA

La responsabilidad de las Administraciones Públicas se caracteriza, por ser de tipo objetivo. Al afirmar que la responsabilidad es objetiva se entiende que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho civil. De ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos contenida en el Art. 139 L 30/1992, ya que, según la STS 28 de enero de 1986, lo que se pretende es que la colectividad representada por el Estado asuma la reparación de los daños individualizados que produzca el funcionamiento de los servicios públicos por constituir cargas imputables al coste del mismo en justa correspondencia a los beneficios generales que dichos servicios reportan a la comunidad, o, de otra forma, como señala la STS 2 de Junio de 1994, configurada legal y jurisprudencialmente la responsabilidad patrimonial del Estado con la naturaleza de objetiva, de manera que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad. Así es preciso analizar los límites de la responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria, donde la obligación del profesional es de medios, no de resultados (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000). En este sentido, la jurisprudencia ha venido reconociendo la existencia de elementos delimitadores de una responsabilidad de tipo absolutamente objetivo, a través de la introducción de criterios moderadores (como puede ser el de la adecuación a la *lex artis*) con el fin de evitar una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva (Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de noviembre de 2002).

Desde el punto de vista jurisprudencial, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2.000 declara que el Art.141 de la LRJAPublicas "ha venido a consagrar legislativamente la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre responsabilidad patrimonial al establecerse que solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar. No obstante lo señalado, para imputar a la Administración es necesario que concurra el requisito de la antijuridicidad, para lo que

habrá que valorar si la actuación de los profesionales ha sido o no correcta, es decir, si la misma se ha ajustado a la *lex artis*.

Tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado, vienen manteniendo la doctrina según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica no resulta suficiente la existencia de una lesión sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca infracción de dicha *lex artis* responderá la administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la administración y no tendrán la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.

... Y tratándose de una eventual responsabilidad sanitaria, una reiterada y constante doctrina jurisprudencial (SSTS. de 25 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 17 de julio de 1989, 6 de noviembre de 1990, 13 de octubre de 1992, 23 de marzo de 1993, 31 de julio y 15 e octubre de 1996, y 24 y 28 de junio de 1997 , entre otras), ha señalado que la obligación contractual o extracontractual del médico, mas en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del enfermo, que normalmente nadie puede asegurar, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino el compromiso de utilizar los medios adecuados conforme a la *lex artis ad hoc* y a las circunstancias del caso, entendiéndose por *lex artis ad hoc* aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida (SS.TS. de 11 de marzo de: 1991 y 23 de marzo de 1993). De aquí que su responsabilidad ha de basarse en culpa patente que revele un desconocimiento de ciertos deberes, según el estado actual de la ciencia. Señala la STS. num. 11/2005, de 17 de Enero (Sala 1a) que en los casos de supuesta negligencia profesional médica hay que partir de la aplicación de la *lex artis ad hoc*, o sea, la de llevar a la práctica usual en cada especialidad los medios que se consideran ordenados clínicamente respecto a la patología puesta en discusión".

La Administración esta obligada en el ámbito de la sanidad curativa o asistencial al empleo de todos los medios existentes para conseguir la curación del paciente, que se descompone en:

- 1) La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica;
- 2) La información al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico, y
- 3) El tratamiento hasta que el enfermo pueda ser dado de alta, con advertencia de los riesgos de su abandono.

El criterio de la *lex artis* se une a todo ello como el modo de determinar la actuación correcta del médico, independientemente del resultado en la salud o en la vida del enfermo ya que la Administración no puede garantizar la sanidad o la salud del paciente.

El resultado dañoso que en su caso se pueda producir en el ámbito sanitario asistencial, cuando se hayan empleado adecuadamente todos los medios objetivamente indicados no podrá ser atribuido a la prestación del servicio. Procederá la atribución de responsabilidad a la Administración sanitaria en las siguientes situaciones:

- a) La inadecuada actuación médica en la selección o en el empleo de los medios de diagnóstico y de tratamiento;
- b) La inadecuación objetiva del servicio, y
- c) La generación de riesgos que no puedan considerarse asumidos por el paciente cuando, con lesión de su autonomía y facultad de autodeterminación, no fuese debidamente informado del diagnóstico, alternativas de tratamiento y riesgos potenciales, antes de consentir la aplicación de un tratamiento médico que solo en condiciones excepcionales y muy especiales podría aplicarse sin contar con su voluntad.

Reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo (SS. de 16 de marzo de 2005 o de 7 y de 20 de marzo de 2007) insisten en que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Así, la STS de 28 de marzo de 2007 concluye que "la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador que no resulta en ningún caso exigible"; Estamos, pues ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista la lesión sino también la infracción de dicho criterio.

Sin embargo la medicina no puede garantizar una única solución válida para cada caso, pudiendo darse el caso de que existan diversas técnicas y que todas ellas resulten correctas y conformes a la *lex artis*, se introduce por tanto un criterio de variabilidad .

Así se empieza a hablar en el mundo sanitario de los Estándares ante la necesidad de reducir la variabilidad no justificada mediante la puesta a disposición de los clínicos de información con alto nivel de detalle que les permita resolver situaciones concretas y tomar las mejores decisiones posibles en situaciones de incertidumbre a través del consenso (protocolos) o de la recopilación de la mejor evidencia científica (GPC). Los GPC son un Conjunto de recomendaciones desarrolladas de manera temática, para ayudar

a los clínicos y a los pacientes en el proceso de toma de decisiones sobre cuales son las intervenciones mas adecuadas para resolver un problema clínico en unas circunstancias sanitarias.

3.2 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD:

Ya hemos dicho que el artículo 106,2 de la Constitución garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, (ya recogida como principio general en el artículo 9,3) al disponer que "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". En estos preceptos de rango constitucional, así como en la normativa de rango legal actualmente aplicable, artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común se recogen los criterios y principios básicos de esta clase de responsabilidad;

Los requisitos que han de concurrir de forma necesaria para dar lugar al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial:

- a) Existencia de una lesión o daño antijurídico (que no existe deber de soportar) en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado.
- b) Que el daño sea imputable a la Administración y se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendidos estos en el más amplio sentido de actuación, actividad administrativa o gestión pública, en una relación de causa a efecto entre aquel funcionamiento y la lesión, sin que sea debida a casos de fuerza mayor.
- c) Que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- d) Que la acción de responsabilidad patrimonial sea ejercitada dentro de plazo.

EL DAÑO

Este daño, según el artículo 139.2 LRJPAC, ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas que no tenga el deber jurídico de soportarlo (Art. 141.1 LRJPAC). En definitiva, para que un daño patrimonial pueda ser indemnizable han de concurrir cuatro requisitos: la antijuridicidad, la efectividad, la evaluabilidad económica y la individualización.

En el Derecho español solo son imputables a la Administración las lesiones antijurídicas, entendiendo por tales no tanto los perjuicios que la Administración causa ilegítimamente, sino, en general, todos los perjuicios causados por la acción administrativa que la victima no esta obligada a soportar (artículo 141 LRJPAC, Si el particular no esta expresamente obligado por alguna norma a soportar las consecuencias perjudiciales de la actividad

administrativa, porque no existe causa que justifique la obligación de soportar la lesión, tales perjuicios son antijurídicos y han de ser imputados a la Administración, aun en el

caso de que la actividad administrativa causante del hecho dañoso haya sido perfectamente legítima o lícita.

Por el contrario, si alguna norma permite expresamente a la Administración la producción del quebranto patrimonial, o lo que es igual, si existe causa o título jurídico de la Administración que justifique la obligación de soportarlo, el perjuicio causado no es antijurídico y la Administración no estará obligada a repararlo (LEGINA/ DESDENTADO).

La antijuricidad exige por tanto la presencia de un título jurídico que obligue al paciente a soportar el daño, esos títulos pueden ser:

- * Normas legales (catálogo de prestaciones, LEQ...)
- * Riesgos conocidos y consentidos.

Por tanto, como regla general, cuando el paciente ha sido debidamente informado y ha aceptado los riesgos tiene el deber jurídico de soportar el daño, pero, ¿todos los riesgos?. Se habla así del riesgo terapéutico (extraordinario):

Es el riesgo cuya aparición es excepcional en relación con el riesgo habitual del tratamiento y de una gravedad fuera de lo común, lo que se ha dado en llamar Culpa virtual.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD.

Junto al daño desproporcionado se ha extendido también en la jurisprudencia la figura de la pérdida de oportunidad que se utiliza a veces para justificar la estimación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial; consiste, sustancialmente, en indemnizar no tanto la producción efectiva de un daño sino considerar como tal la mera posibilidad (mas o menos cierta) de que si la Administración sanitaria hubiera actuado de otra manera el paciente habría tenido la oportunidad de obtener un resultado distinto y mas favorable para su vida o integridad física, en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de alternativa al tratamiento, pérdida que como decimos se asimila al daño moral. En este caso no puede desconocerse que un tratamiento diferente, posiblemente, habría evitado el resultado finalmente producido o habría ampliado la posibilidad de obtener un resultado más satisfactorio.

Junto a la figura de la pérdida de oportunidad aparece el criterio de la culpa indubitada (Sala 3.a TS) y prueba indubitada SSTs 14-3-2007 10-5-2007 y 16-10-2007 "resulta evidente que en los supuestos de daño moral, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y

esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

Esta es la teoría que utiliza y sigue la sentencia que analizamos pero con una variante, ya que cuando la jurisprudencia aplica la teoría de la pérdida de oportunidad, indemniza por daño moral, sin embargo en esta sentencia el Supremo indemniza tanto por daño moral como por daño físico, sin embargo como hemos dicho en otros supuestos análogos el TS ha dicho que nunca se puede considerar un daño el nacimiento de un hijo.

NEXO CAUSAL.-

El deber de resarcimiento requiere, que haya un nexo causal entre la actividad de la Administración y la lesión antijurídica. Para que la Administración este obligada a indemnizar a la victima es preciso que su actividad haya sido la causante del daño.

La jurisprudencia viene reiteradamente utilizando mecanismos flexibles para establecer la relación de causalidad, mecanismos que sirvan para analizar en cada supuesto si esta relación se produce. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha señalado que ...el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar que hecho o condición puede ser considerado como relevante por si mismo para producir el resultado final como presupuesto o "conditio sine qua non", esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del precedente, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar circunstancias del caso (STS de 28 de marzo de 2000).

Este nexo causal como ya hemos manifestado tiene sus connotaciones en materia sanitaria. No es suficiente demostrar el daño y el nexo de conexión con la actividad de la Administración, porque equivaldría a configurar una obligación de resultado, siempre y en cualquier circunstancia, lo que no es compatible con la naturaleza de tal actividad sanitaria ni con el estado de la ciencia y la técnica, debiéndose eso si, adecuar la actuación a la lex artis.

Podemos exigir un tratamiento adecuado, correcto, y prudente, ajustado a la praxis, esto es, la aplicación de la lex artis ad hoc. En definitiva, cuando la prestación se haya otorgado de conformidad con la lex artis, aunque exista un resultado dañoso y un nexo causal la Administración quedara exonerada de responsabilidad. En el supuesto que analizamos parece claro el nexo causal, porque resulta claramente acreditado que la lex artis ad hoc no ha sido la correcta ya que los facultativos no siguieron el protocolo establecido al no realizar una ecografía de nivel IV en la semanas 22 a 28, puesto que sino disponían de medios debieron derivarla a otro hospital que sí los tuviera, en definitiva no pusieron todos los medios a su alcance para un correcto diagnostico.

Dicho lo anterior, **deberíamos analizar por un lado si el supuesto enjuiciado es realmente un caso de perdida de oportunidad o si por el contrario se trata simple y**

Ilanamente de un su puesto de mala prax is por infringir la lex artis ad hoc , al incumplir los protocolos establecidos, ya que de la lectura de la sentencia parece claro que en el supuesto analizado era necesario realizar una ecografía de nivel IV entre la semana 18 a 22, siendo esto así sino se hizo por el servicio de salud, no es que estemos ante un supuesto nítido de pérdida de oportunidad sino en la existencia clara de una lesión antijurídica con un claro nexo causal, sólo utilizando este criterio entiendo que cabe fijar la indemnización de 500.000 euros, porque estamos hablando de daño efectivo, físico, que no moral como es el caso de la pérdida de oportunidad, si sólo acudimos a la doctrina de la pedida de oportunidad para condenar considero inadecuada la indemnización tan elevada porque indemniza no ya el daño moral propio en la pérdida de oportunidad, sino el daño físico, y lo cierto es que el propio TS ha reiterado en numerosas sentencias que nunca es indemnizable en nacimiento de un hijo.

No obstante, es cierto que el propio Tribunal Supremo utiliza diferentes vías para llegar al mismo resultado, esto es indemnizar, ya que en supuestos como el analizado en algunos casos ha acudido a la idea del atentado a la autonomía y dignidad del paciente y en otras ocasiones, como la actual, a la pérdida de oportunidad, sin embargo consideramos que en este supuesto efectivamente se produce una doble infracción de la lex artis ad hoc, dado que, se infringe el deber de informar en tanto la gestante tenía derecho a saber que haciendo una ecografía de nivel IV se podría hacer un diagnostico más certero decidiendo ella lo procedente en cuanto a un posible aborto o no, pero también se ha infringido el otro aspecto de la lex artis en tanto no se ha actuado de forma diligente respetando los protocolos establecidos por la sociedad científica.

Autor: M^a Jesús Gómez del Moral Martínez.

Asesoría Jurídica. Hospital Virgen de la Luz de Cuenca

PROTECCIÓN DE DATOS

- **No existe intromisión ilegítima cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2011

D. Cayetano formuló demanda contra D. Evaristo, director del diario del "Alto Aragón" y contra la sociedad editora, Publicaciones y Ediciones del Alto Aragón, S.A., por haber incluido en la contraportada del citado diario de fecha 24 de noviembre de 2006 una fotografía suya. En esa fotografía que fue ubicada en el apartado "La foto" y que se ilustra con el titular de "Despiste" aparece la imagen del actor y su coche: un vehículo granate modelo Jaguar con el n.º de matrícula:.... GDZ. La particularidad de la fotografía

- realizada sin que el demandante se diera cuenta - es la situación en la que aparece su vehículo, medio suspendido en la acera, debido a que el conductor quiso acceder a la plaza de Sabiñánigo por el acceso de escaleras. Junto a la fotografía aparece el texto siguiente: *"Esta fotografía, aunque lo parezca, no está trucada, es tan real como que el pasado jueves el conductor del vehículo quiso entrar en la plaza de España, de Sabiñánigo, por el acceso de escaleras... Y claro, se quedó así, como se ve en la foto. Dicen que, al parecer, se despistaría y las consecuencias fueron mayores, ya que se necesitó de una grúa para sacar el coche del lugar. Bien se podría utilizar esta instantánea para un anuncio publicitario o para una secuencia de película o cortometraje, sin necesitar de especialistas, sin truco ni cartón, y así de vistosa y espectacular"*

El Alto Tribunal señala que es perfectamente aplicable la causa de exclusión por el carácter accesorio de la imagen contemplada en el artículo 8.2,c) de la LPDH en relación con la amplia doctrina de esta Sala que toma en cuenta el carácter accesorio de la imagen de una persona, existiendo tal carácter cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado, lo cual sucede en el caso que nos ocupa.

Texto completo: <http://sescam.jccm.es>

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- **La prescripción del plazo de prescripción y el empleo del burofax**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 2011

La representación procesal de Banco Vitalicio de España, S.A., interpone recurso de casación frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Canarias, Sala de Las Palmas, contra la inadmisión de la solicitud de iniciación de expediente de reclamación por responsabilidad patrimonial presentada por la misma entidad por resultar la misma extemporánea.

La ahora recurrente presentó un escrito mediante burofax con el propósito de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción de un año. Sin embargo la Administración entendió que dicho escrito constituía en realidad la manifestación del ejercicio de la acción por responsabilidad patrimonial, y acto seguido al estimar la Administración que no cumplía los requisitos del Art. 70 de la Ley 30/1992 requirió a la demandante a los efectos del Art. 71 otorgándole el plazo oportuno para ello, plazo que la empresa dejó transcurrir sin presentar la documentación requerida.

CONCLUSIÓN

1.- El burofax enviado a la Administración no interrumpió la prescripción del plazo de un año para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial sino que como entendió la Administración era ejercicio de esa acción, no un acto de interrupción de la prescripción como una reclamación extrajudicial del deudor como implícitamente lo consideraba la recurrente acogiéndose al Art. 1973 del Código Civil ya que este precepto no resulta aplicable en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2.- Este pronunciamiento implícitamente avala el empleo de este medio de comunicación.

Texto completo: <http://sescam.jccm.es>

FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- Código de Derecho Sanitario.

La presente edición del «Código de Derecho Sanitario», anotada, concordada y puesta al día, nace con la intención de presentar una recopilación básica de las disposiciones más importantes que integran el sector de la Sanidad. Este importante sector del ordenamiento jurídico ha experimentado una profunda evolución en las últimas décadas, englobando un conjunto normativo de enorme extensión que resulta muy difícilmente abarcable y que es además creciente. Las normas que ahora se presentan, fruto de una depurada y cuidadosa selección, van acompañadas de un conjunto de notas a pie de página con las que se pretende facilitar al lector la comprensión de los preceptos más importantes, a la vez que le permitirán remitirse a otras normas de menor importancia o de inferior rango. La obra pretende ser una herramienta de gran utilidad para profesionales del Derecho, estudiantes y opositores, así como para instituciones, asociaciones u otras personas estudiosas de la materia.

Autor: Luis Sarrato Martínez, Magistrado Sup. de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona.
Prólogo de Francisco Javier García Gil, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo.

Año de Publicación: 2011

Editorial: Difusión Jurídica

Más información: <https://www.libros24h.com/>

BIOÉTICA y SANIDAD

CUESTIONES DE INTERÉS

- **Maleficencia en los programas de prevención.**

Varios expertos en salud pública se reunieron el pasado 20 de abril para tratar los principios éticos básicos que surgen en el desarrollo de los programas de prevención. La salud pública tiene un impacto positivo para la población pero a muchas personas no les aporta beneficios directos e incluso las expone a efectos adversos sobre su salud. Este cuaderno recoge las aportaciones que los especialistas médicos y jurídicos hicieron a lo largo de la jornada, en la que analizaron la información proporcionada en estos programas y los dilemas éticos que surgen cuando se ponen en marcha.

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

- **Derechos en el final de la vida: Proyecto de Ley y comunicado de la OMC y de la SECPAL.**

La Ley de Muerte Digna, cuyo anteproyecto ha sido recientemente aprobado por el Gobierno, "evitará el sufrimiento innecesario y el ensañamiento terapéutico" a los pacientes en fase terminal y no despenaliza la eutanasia ni el suicidio asistido.

El texto garantiza también la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios dedicados a los cuidados paliativos, que reciben la mitad de las personas en el momento de la agonía.

La ley se refiere al derecho a la información asistencial, a la toma de decisiones, al tratamiento del dolor, a la voluntad anticipada o testamento vital, recogido en un registro nacional, y al acompañamiento e intimidad en los últimos días de vida, para lo cual el paciente dispondrá de una habitación individual en el centro médico en el que esté ingresado.

Las personas en fase terminal tendrán derecho a la asistencia domiciliaria en los cuidados paliativos que precisen, lo que les permitirá morir en su casa.

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

- **Autogestión en la atención primaria española.**

Análisis de situación, de condicionantes y de posibles escenarios que introduce este modelo asistencial, así como de sus consecuencias a corto y medio plazo.

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

- **Desarrollo de Indicadores Poblacionales en Salud Pública.**

La Fundación AstraZeneca y la Universidad Europea de Madrid, a través de la Cátedra de Salud Pública y Gestión Sanitaria, ha llevado a cabo un estudio con el objetivo de contribuir a la determinación de indicadores que sean útiles para la puesta en marcha de la futura Ley de Salud Pública.

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

- **El Observatorio Regional de Cuidados Paliativos edita una guía de atención a enfermos en fase terminal y a familiares.**

El Observatorio Regional de Cuidados Paliativos de Extremadura ha editado una Guía Clínica de Seguimiento del Duelo, dirigida a profesionales con responsabilidad en la atención a personas en fase terminal y a sus familiares.

El trabajo ha sido elaborado con el objetivo principal de orientar a los profesionales de medicina, enfermería, psicología, trabajo social u otras disciplinas cuando deben enfrentarse a este tipo de situaciones.

Dedica capítulos específicos a las consideraciones y recomendaciones clínicas sobre el duelo, el protocolo de intervención, una serie de recomendaciones generales, las pautas de actuación en el ámbito pediátrico o en el de los ancianos y personas con problemas de salud mental. También incluye una serie de documentos anexos para ayudar a prever o resolver las situaciones de duelo complicado.

Más información: <http://periodicoses.saludextremadura.com/>

- **Libro Blanco de la Sanidad de Madrid.**

El Libro Blanco es un proyecto para desarrollar la alternativa sanitaria a la actual actividad de la sanidad en Madrid. Nace de la necesidad de los profesionales de reflexionar sobre su práctica y sobre el lugar que la sanidad pública debe ocupar en la sociedad, con la intención clara de formular propuestas y reorientaciones. La sanidad es demasiado importante como para no exigirnos todo el esfuerzo preciso para recuperar la senda de la racionalidad y del consenso básico entre todos los políticos, sociales y ciudadanos.

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

- **Declaración de Voluntades Anticipadas, Documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital.**

En la siguiente página que facilitamos, se puede encontrar toda la información relativa a la declaración de voluntades anticipadas en Castilla - La Mancha. La página muestra de forma detallada las preguntas más frecuentes que se hacen tanto los ciudadanos como los profesionales sanitarios, la normativa actualizada, los registros existentes en las Comunidad Autónoma, así como información sobre la donación de órganos para trasplante.

Más información: <http://www.jccm.es/>

FORMACIÓN Y PUBLICACIONES

- **Curso: “Bioética 4 x 4”**

Curso de alto rendimiento de formación de formadores en Bioética para clínicos

Con el objetivo de profundizar en los contenidos más representativos de la Bioética, contextualizar los problemas éticos en el marco de la relación y la deliberación clínica y desarrollar habilidades de formador a través de diferentes metodologías de enseñanza, la Fundación de Ciencias de la Salud, difunde la 8ª Edición de Bioética 4 x 4.

Más información: www.fcs.es

- **VI Curso de Verano. “Metodología de la Enseñanza y la Investigación en Bioética”**

La 6ª Edición de un curso que se ha consolidado como lugar de encuentro y de referencia nacional e internacional para la formación y el debate sobre aspectos metodológicos de la enseñanza y de la investigación en bioética, dirigido tanto a estudiantes, profesionales, docentes e investigadores interesados por la bioética.

Más información: www.institutodebioetica.org

- **Seminario “la atención sanitaria a ciudadanos de la UE”**

Derechos, obligaciones y recuperación de costes

La libre circulación de personas en la UE y su asistencia sanitaria a cargo de los Estados Miembros, tiene implicaciones en la gestión y la financiación de servicios. Cualquier ciudadano comunitario tiene garantizado su derecho a la asistencia sanitaria al viajar por la Unión Europea, al tiempo que existen mecanismos financieros para que los países recuperen los costes incurridos por prestarla. Sin embargo, la permisividad en la aplicación de la normativa comunitaria y la facturación inadecuada está lastrando nuestro SNS.

Tanto como ciudadanos como profesionales tenemos derechos y obligaciones y debemos ser conscientes de que es posible compatibilizarlos con el buen hacer profesional y con la sostenibilidad económica del SNS y actuar en consecuencia.

Fecha: 28 de junio de 2011

Lugar: Granada- Escuela Andaluza de Salud Pública

Más información: <http://www.easp.es/>

- Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de Conciencia

En el mundo occidental viene produciéndose, desde hace ya años, una eclosión de conflictos entre conciencia y ley que, lejos de decrecer, ha invadido los espacios sociales y políticos, planteando al orden jurídico tradicional desafíos no siempre bien resueltos. Y es que la libertad de conciencia es quizá el derecho fundamental que más claramente revela la incontinencia normativa del poder cuando el Estado pretende erigirse en el depósito de todas las verdades posibles.

Autor: Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón

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