



SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA

BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA.

Nº 144 MARZO 2017.

Editado por la Secretaría General del Sescam.

ISSN 2445-3994

Asesoria.juridica@sescam.jccm.es

EQUIPO EDITORIAL:

D. Vicente Lomas Hernández

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam.

D. Alberto Cuadrado Gómez.

Secretaría General. Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam.

AVISO LEGAL. Se autoriza de manera genérica el acceso a su contenido, así como su tratamiento y explotación, sin finalidad comercial alguna y sin modificarlo. Su reproducción, difusión o divulgación deberá efectuarse citando la fuente.

-DERECHO SANITARIO-

1.-LEGISLACIÓN

I.-COMUNITARIA:	4
II.-ESTATAL:	4
III.-AUTONÓMICA:	
➤ Castilla-La Mancha.	5
➤ Andalucía.	5
➤ País Vasco.	6
➤ Comunidad Valenciana.	6
➤ Aragón.	7
➤ Cantabria.	7
➤ Cataluña.	7
➤ Canarias.	7
➤ Castilla Y León.	8
➤ Madrid.	8
➤ La Rioja.	9
➤ Islas Baleares.	9
➤ Navarra.	9

2.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

- REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE AL FINAL DE LA VIDA: LA LEY 4/2017, DE 9 DE MARZO DE MADRID, EL PROYECTO DE LEY DEL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS, Y EL PROYECTO DE LEY DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS AL FINAL DE LA VIDA.

3.- SENTENCIA PARA DEBATE:

- A VUELTAS CON EL REINTEGRO DE GASTOS Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. 15
- LA FIGURA DEL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL ESTATUTARIO SEGÚN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA. 17

4.- ARTÍCULOS REMITIDOS POR NUESTROS LECTORES.

- MUERTE DIGNA, RESPONSABILIDADES Y ASEGURAMIENTO. 18
- María Sutil Fernández
Letrada en Muñoz Arribas Abogados, S.L.P.

5.- DOCUMENTOS DE INTERÉS

- I- RECURSOS HUMANOS. 21
- II- CONTRATACIÓN. 25
- III- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 30
- IV- INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS. 33
- V- DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. 35
- VI- PROFESIONES SANITARIAS. 36
- VII- PRESTACIONES SANITARIAS. 37
- VIII- REINTEGRO DE GASTOS. 40
- IX- RESPONSABILIDAD SANITARIA. 41
- X- MEDICAMENTOS. 43
- XI- DISCAPACIDAD. 44

6.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES. 46

-NOTICIAS-

- Selección de las principales noticias aparecidas en los medios de comunicación durante el mes de marzo de 2017 relacionadas con el Derecho Sanitario y/o la Bioética.

48

-BIOÉTICA y SANIDAD-

1.- CUESTIONES DE INTERÉS.

50

2.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

52

-DERECHO SANITARIO-

1-LEGISLACIÓN

I- LEGISLACIÓN COMUNITARIA

- Reglamento (UE) 2017/612 de la Comisión, de 30 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 297/95 del Consejo en lo que se refiere al ajuste de las tasas de la Agencia Europea de Medicamentos a la tasa de inflación a partir del 1 de abril de 2017.

[D.O.U.E. de 31 de marzo de 2017](#)

- Reglamento de Ejecución (UE) 2017/556 de la Comisión, de 24 de marzo de 2017, relativo a las disposiciones concretas en materia de procedimientos de inspección de la buena práctica clínica con arreglo al Reglamento (UE) n.º 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo.

[D.O.U.E. de 25 de marzo de 2017](#)

- Reglamento (UE) 2017/542 de la Comisión, de 22 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, mediante la inclusión de un anexo sobre información armonizada relativa a la respuesta sanitaria en caso de urgencia.

[D.O.U.E. de 23 de marzo de 2017](#)

- Decisión n.º 1/2017, de 1 de marzo de 2017, del Comité Mixto creado en virtud del artículo 14 del Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América, por la que se modifica el anexo sectorial sobre prácticas correctas de fabricación de productos farmacéuticos.

[D.O.U.E. de 04 de marzo de 2017](#)

II- LEGISLACIÓN ESTATAL

- Real Decreto 230/2017, de 10 de marzo, por el que se regulan las competencias y cometidos de apoyo a la atención sanitaria del personal militar no regulado por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en el ámbito estrictamente militar.

[B.O.E. de 11 de marzo de 2017](#)

- Resolución de 23 de febrero de 2017, de la Mutualidad General Judicial, por la que se modifica la de 19 de diciembre de 2012, por la que se regulan las ayudas por tratamiento de psicoterapia o logopedia y la ayuda para gastos de hospitalización psiquiátrica para mutualistas adscritos a los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas.

[B.O.E. de 01 de marzo de 2017](#)

III- LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Castilla-La Mancha.

- Acuerdo de 28/02/2017, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan medidas para habilitar la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración normativa a través del Portal de Transparencia de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

[D.O.C.M. de 08 de marzo de 2017](#)

- Resolución de 2 de marzo de 2017, de la Secretaría General, por la que se ordena la publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de la convocatoria de 01/03/2017, de la Fundación Sociosanitaria de Castilla-La Mancha, por la que se regula la concesión de ayudas a entidades privadas sin ánimo de lucro existentes en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, para el mantenimiento de centros de rehabilitación psicosocial y laboral de personas con trastorno mental grave.

[D.O.C.M. de 08 de marzo de 2017](#)

Andalucía.

- Decreto 51/2017, de 28 de marzo, de desarrollo de los derechos y responsabilidades de la ciudadanía en relación con la salud pública.

[B.O.J.A. de 31 de marzo de 2017](#)

- Decreto 49/2017, de 21 de marzo, por el que se constituye la Red Andaluza de Medicina Transfusional, Tejidos y Células, y se regula su estructura y funcionamiento.

[B.O.J.A. de 27 de marzo de 2017](#)

- Orden de 24 de febrero 2017. Aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios.

[B.O.J.A. de 03 de marzo de 2017](#)

País Vasco.

- Acuerdo de 15 de febrero 2017 por el que se aprueban las tarifas por prestación de servicios sanitarios y docentes a terceros obligados al pago durante el ejercicio 2017.

[B.O.P.V. de 02 de marzo de 2017](#)

- Orden de 21 de febrero de 2017, del Consejero de Salud, por la que se convocan ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos, correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017.

[B.O.P.V. de 01 de marzo de 2017](#)

Comunidad Valenciana.

- Ley 6/2017, de 24 de marzo, de la Generalitat, de derogación de la Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de protección a la maternidad.

[D.O.G.V. de 29 de marzo de 2016](#)

- Ley 7/2017, de 30 de marzo, de la Generalitat, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario

[D.O.G.V. de 06 de abril de 2016](#)

- Decreto 37/2017, de 10 de marzo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

[D.O.G.V. de 15 de marzo de 2017](#)

- Decreto 32/2017, de 10 de marzo, del Consell, por el que se modifica el Decreto 103/2015, de 7 de julio, del Consell, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las consellerias de la Generalitat.

[D.O.G.V. de 15 de marzo de 2017](#)

- Orden 2/2017, de 28 de febrero, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se aprueban las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a financiar acciones en materia de recursos humanos para impulsar la investigación sanitaria , biomédica y de salud pública.

[D.O.G.V. de 07 de marzo de 2017](#)

- Orden 3/2017, de 1 de marzo, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se regula la acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.

[D.O.G.V. de 13 de marzo de 2017](#)

Aragón.

- Orden SAN/238/2017, de 14 de febrero, por la que se aprueba el Plan de Inspección de Servicios Sanitarios para el periodo 2017-2019.

[B.O.A. de 09 de marzo de 2017](#)

- Resolución de 3 de marzo de 2017, del Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud, por la que se delegan determinadas competencias en materia de contratación administrativa y gestión presupuestaria.

[B.O.A. de 27 de marzo de 2017](#)

Cantabria.

- Orden SAN/7/2017, de 28 de febrero, por la que se establecen los requisitos técnico-sanitarios para la autorización de funcionamiento de las ortopedias y los establecimientos de audioprótesis en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

[B.O.C. de 08 de marzo de 2017](#)

Cataluña.

- Ley 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2017.

[D.O.G.C. de 30 de marzo de 2017](#)

- Orden SLT/29/2017, de 21 de febrero, por la que se aprueba el Programa de actuaciones estacionales del Servicio Catalán de la Salud para coordinar las diferentes redes asistenciales en relación con el tratamiento de determinados tipos de pacientes durante el periodo 2016-2017.

[D.O.G.C. de 01 de marzo de 2017](#)

Canarias.

- Decreto núm. 126/2017, de 20 de marzo. Modifica el Decreto 132/2014, de 29-12-2014 (LCAN 2015\9), de Sanidad Mortuoria.

[B.O.C. de 31 de marzo de 2017](#)

- Orden de 20 de febrero de 2017, por la que se corrige el Anexo III de la Orden de 23 de diciembre de 2016, que actualiza la relación de oficinas de registro del Servicio Canario de la Salud.

[B.O.C. de 01 de marzo de 2017](#)

- Resolución de 20 de marzo de 2017, del Secretario General, por la que se dispone la publicación del Convenio de Colaboración entre el Servicio Canario de la Salud-Registro poblacional de cáncer de la Comunidad Autónoma y la Universitat de Valencia-Registro español de tumores infantiles (RETI-SEHOP), en materia de registro de tumores infantiles.

[B.O.C. de 29 de marzo de 2017](#)

- Resolución de 24 de febrero de 2017, por la que se ordena la publicación de la Adenda número diez al Convenio de Colaboración entre la Consejería de Sanidad y el Colegio Notarial de las Islas Canarias para facilitar el otorgamiento de las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario.

[B.O.C. de 07 de marzo de 2017](#)

Castilla y León.

- Orden SAN/144/2017, de 22 de febrero, por la que se regulan las ayudas para el desplazamiento con fines asistenciales, el alojamiento y la manutención derivados del mismo, a los pacientes que tengan reconocido el derecho a la asistencia sanitaria por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y sus beneficiarios, en el Servicio Público de Salud de Castilla y León.

[B.O.C.Y.L. de 10 de marzo de 2017](#)

- Resolución de 2 de marzo de 2017, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad, por la que se publica el Acuerdo de 1 de marzo de 2017 entre la Gerencia de Asistencia Sanitaria de El Bierzo y la Gerencia de Salud del Área de León por la que se formaliza la encomienda de gestión de las actuaciones de tramitación de distintos procedimientos sobre materias de competencia de la Gerencia Regional de Salud.

[B.O.C.Y.L. de 13 de marzo de 2017](#)

Madrid.

- Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir.

[B.O.C.M. de 22 de marzo de 2017](#)

- Orden 207/2017, de 3 de marzo, del Consejero de Sanidad, por la que se declara de compra centralizada la adquisición del suministro del medicamento Atosiban para todos los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

[B.O.C.M. de 14 de marzo de 2017](#)

La Rioja.

- Decreto 8/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el precio público a satisfacer por las pericias efectuadas por el Instituto de Medicina Legal de La Rioja, a solicitud de particulares, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor.

[B.O.R. de 15 de marzo de 2017](#)

- Orden 2/2017, de 22 de marzo, de la Consejería de Salud, por la que se establece el Calendario Oficial de Vacunaciones Sistemáticas de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

[B.O.R. de 15 de marzo de 2017](#)

- Orden 1/2017, de 9 de marzo, de la Consejería de Salud, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a Entidades Locales para mantenimiento, equipamiento y obras en consultorios de Atención Primaria.

[B.O.R. de 15 de marzo de 2017](#)

Islas Baleares.

- Decreto 11/2017, de 24 de marzo, de exigencia del conocimiento de la lengua catalana en los procedimientos selectivos de acceso a la función pública y para ocupar puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

[B.O.I.B. de 25 de marzo de 2017](#)

Navarra.

- Decreto Foral 20/2017, de 22 de marzo, por el que se modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

[B.O.N. de 30 de marzo de 2017](#)

- Decreto Foral 17/2017, de 8 de marzo, por el que se modifica el Decreto Foral 63/2012, de 18 de julio, por el que se crea y aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra.

[B.O.N. de 29 de marzo de 2017](#)

- Orden Foral 310E/2017, de 16 de marzo, del Consejero de Salud, por la que se modifica la Orden Foral 44/2016, de 10 de mayo, del Consejero de Salud, por la que se establece la estructura orgánica del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra.

[B.O.N. de 30 de marzo de 2017](#)

2.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

- REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DEL PACIENTE AL FINAL DE LA VIDA: LA LEY 4/2017, DE 9 DE MARZO DE MADRID, EL PROYECTO DE LEY DEL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS, Y EL PROYECTO DE LEY DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS AL FINAL DE LA VIDA.

Vicente Lomas Hernández.

Doctor en Derecho.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.

La Comunidad Autónoma de Madrid ha sido la última en sumarse al listado de CC. AA que han optado por regular los derechos de los pacientes al final de la vida. La Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir, se alinea con el resto de las Leyes aprobadas hasta el momento actual, sin que se puedan apreciar grandes diferencias. A su vez la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados (BO de las Cortes Generales de 16 de diciembre de 2016) por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, presenta grandes similitudes con la Ley que ahora nos ocupa.

En efecto, ambos documentos (Ley y PL) pivotan sobre unos mismos principios básicos/informadores, e incorporan un glosario con los términos más habituales que se suelen emplear en este tipo de situaciones, que prácticamente son los mismos. Así el PL reproduce prácticamente las mismas definiciones que la Ley respecto a conceptos tan relevantes como “situación terminal”, “situación de agonía”, “sedación paliativa”, “síntoma refractario”, “obstinación terapéutica, o “adecuación del esfuerzo terapéutico” ‘termino éste que en el PL se identifica con el de “limitación del esfuerzo terapéutico”. Las diferencias son por tanto mínimas. Así, por ejemplo, en relación con lo que debe entenderse por “medidas de soporte vital”, el PL incluye expresamente entre las mismas “la ventilación mecánica o asistida, la nutrición forzada y la diálisis”. Precisamente el Documento “Ética de la alimentación y la hidratación al final de la vida”, elaborado por el Grupo de Trabajo “*Atención Médica al final de la vida*”, de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos, desaconseja la alimentación forzada en contra de la voluntad del paciente terminar, y respecto de la hidratación forzada manifiesta la inexistencia de evidencia científica que permita justificar la hidratación parenteral en todos los pacientes en los últimos días.

En cuanto al contenido que presentan ambos textos, cabría resaltar:

1º.- **Reconocimiento explícito del derecho a la información asistencial**, cuya titularidad corresponde en ambos textos a “las personas que se encuentren ante el proceso final de su vida o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso” (art. 5.1 del PL), y “personas que se encuentren en el proceso de morir o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso” (art. 6.1 de la Ley de Madrid). Asimismo se contempla por igual en ambos casos la posibilidad de extender la titularidad del derecho a terceras personas, si bien lo supeditan a la existencia de autorización previa por parte del paciente.

La información en ambos documentos debe serlo por escrito.

2º.- Especial referencia al **derecho a formular instrucciones previas** (art. 6.2 de la Ley), o derecho a realizar testamento vital o últimas instrucciones (art. 5.2 del PL).

3º.- **Derecho del paciente a no ser informados.** Se regula por igual de forma muy similar. En el supuesto en que el paciente ejercite este derecho, se le solicitará la designación de un persona que acepte recibir la información, designación que debe efectuarse por escrito (PL), mientras que la Ley de Madrid establece se deberá dejar constancia de dicha designación en la historia clínica.

Sin embargo mientras que la Ley de Madrid se pronuncia sobre la negativa del paciente a designar representante para la recepción de la información (en cuyo caso se consignará por escrito), el PL no aborda esta cuestión pero sí en cambio cómo actuar si es el representante designado por el paciente quién rechaza esta designación. En tal caso, el PL establece que “se solicitará que el paciente señale otra, respetando el mismo procedimiento”.

4º. **Límites del derecho a no saber.** En ambos casos se fija un mismo límite al ejercicio por el paciente de este derecho: el conocido como privilegio terapéutico/estado de necesidad consagrado en el art. 5.4 de la Ley estatal 41/2002. Llama la atención que el Proyecto de Ley del Principado de Asturias sobre Derechos y Garantías de la Dignidad de las Personas al final de la Vida (enero de 2017) no incluye este límite, y en cambio sí incorpora otros límites distintos (art. 6.2), en concreto introduce como límites los casos previstos en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, y cuando la información fuese necesaria por el interés de la propia salud del paciente, de terceros o de la colectividad o por las exigencias terapéuticas del caso; obsérvese que estos últimos límites se corresponderían más bien con los previstos en la Ley 41/2002 pero como excepciones a la información que precede a la manifestación por el paciente del consentimiento informado (art. 9.1 de la Ley estatal).

En cualquier caso cabría plantear la siguiente reflexión: ¿resulta procedente invocar en este tipo de situaciones terminales como excepción a la información asistencial, el privilegio terapéutico? ¿Qué situación de mayor gravedad podría amenazar al paciente “*sentenciado a muerte*”? Tanto la Ley de Madrid como el PL impiden que se pueda aplicar esta excepción/privilegio cuando el paciente se encuentra en “situación terminal”. En tal caso dice la Ley de Madrid “se mantiene su derecho a la información” (con una única salvedad, las medidas destinadas a aliviar el sufrimiento (art. 6.5 de la Ley; art. 5.6 del PL).

5º.- **Información en caso de paciente en situación de incapacidad.**

El texto de Ciudadanos distingue entre el supuesto de incapacidad o imposibilidad del paciente para comprender la información a causa del estado físico o psíquico, y la incapacidad de hecho para el ejercicio del derecho a la información asistencial y la toma de decisiones. En el primer caso so la información se debe facilitar por el siguiente al representante (incurre en una indeterminación; a diferencia de lo que establece en el art. 9.1 no especifica si es el representante legal o el representante designado en las instrucciones previas), al cónyuge o pareja de hecho, persona que conviva o esté a cargo de la asistencia o del cuidado de éste, y a los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad. (art. 5.4 del PL). En el segundo caso -situación de

incapacidad de hecho (art. 9.1) contempla un orden distinto tanto para la información como para la prestación del consentimiento.

En cambio, la Ley de Madrid resulta más precisa al establecer un único orden de prelación, de modo que tras la persona designada como representante en las instrucciones previas, el representante legal, y el cónyuge o pareja de hecho, antepone los parientes hasta el cuarto grado (sin precisar si por consanguinidad/afinidad) a las personas que sin ser cónyuges convivan con el paciente (art. 9.1 de la Ley), a diferencia del PL de Ciudadanos. En cuanto al Proyecto de Ley de Asturias, incorpora su propio orden de prelación distinto al previsto en los textos anteriores. (art. 6.3 del PL de Asturias).

6º.- Consentimiento informado. Se establece como regla general el consentimiento verbal dejando constancia en la HC (art. 7.3 de la Ley de Madrid; art. 6.3 del PL de Ciudadanos). El art. 8 del Proyecto de Ley de Asturias, no se pronuncia de forma expresa sobre la forma que debe revestir el consentimiento.

7º.- Reconocimiento del derecho al rechazo del tratamiento. A diferencia del consentimiento anterior, éste otro debe serlo por escrito sin excepción e incorporarse a la historia clínica (art. 7.3 de la Ley de Madrid, art. 8.2 del PL de Ciudadanos, y art. 8.3 del PL de Asturias). Asimismo se admite el ejercicio de este derecho incluso cuando esta decisión pudiera tener el efecto de acortar su vida o ponerla en peligro inminente (art. 7.1 de la Ley de Madrid y art. 8.1 del PL de Ciudadanos). No obstante el texto presentado por el Grupo Ciudadanos no precisa en qué situación debe encontrarse el paciente, mientras que la Ley de Madrid predica el reconocimiento de este derecho respecto de “las personas que se encuentren en el proceso de morir”.

En cuanto a las limitaciones para el ejercicio de este derecho cabe apreciar importantes diferencias entre ambos textos. La Ley de Madrid se remite a los límites genéricos previstos en el art. 9 de la Ley 41/2002 (límites del consentimiento informado y del consentimiento informado por representación). Por el contrario el PL de Ciudadanos únicamente limita el ejercicio de este derecho al rechazo al tratamiento aunque pueda poner en peligro su vida, cuando concurren razones de salud pública en los términos previstos en el art. 9.2 de la Ley 41/2002. (art. 8.3 del PL Ciudadanos).

El PL de Asturias, como aspecto novedoso, incluye dentro de la negativa o rechazo al tratamiento, la hidratación y alimentación, con un límite, y es que en ningún caso supondrá la interrupción en el necesario control sintomático habitual en cuidados paliativos (art. 9.3)

8º.- Menor de edad.

La Ley de Madrid efectúa una referencia expresa a la Ley Orgánica 17/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, que omite el PL de Ciudadanos, que, en cambio, efectúa varias remisiones a la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. Lo sorprendente es que esta Ley a la que se remite “Ciudadanos”, no es una ley estatal, sino autonómica. Se trataría de la **Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, del País Vasco**. Un importante descuido, sin duda.

La cuestión verdaderamente relevante es, ¿en qué situación queda el menor maduro? El PL de Ciudadanos (art. 11.3) reproduce el tenor literal del art. 10.2 de la Ley de Madrid: comienza la Ley diciendo que no procede el consentimiento por representación si el menor de edad no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. Dicho esto, la Ley de Madrid, en la línea de la Ley vasca 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida, efectúa en el mismo apartado una precisión adicional, al señalar que no será posible el consentimiento por representación si el menor de edad no incapaz/incapacitado es un menor emancipado o con dieciséis años cumplidos.

Sí se hace eco, como no puede ser de otra manera, de las recientes modificaciones operadas en el art. 9 de la Ley 41/2002, de modo que en caso de actuación de grave riesgo la decisión la adoptará el representante legal del menor y no éste. Claro que, en un paciente que se encuentra inmerso en pleno proceso de morir, en fase terminal, la pregunta sería ¿qué decisión puede poner en grave riesgo la salud del enfermo?.

La redacción respecto de la capacidad del menor de edad no resulta a mi juicio muy esclarecedora. Se regula en un mismo párrafo dos visiones de una misma situación, lo que puede alimentar la sempiterna controversia sobre la capacidad de decisión del paciente menor de edad y la capacidad natural.

La Ley de Andalucía, en cambio, regula en párrafos distintos lo que son supuestos distintos: de una parte la autonomía del menor de edad capaz intelectual y emocionalmente (reconocimiento de la figura del menor maduro), y de otra, la capacidad que en todo caso se presume a la persona emancipada o con dieciséis años cumplidos (véase el art. 11.2 y 3 de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte).

El PL de Asturias simplifica aún más los términos en relación con los derechos de las personas menores de edad, al contemplar únicamente un supuesto: el de la capacidad natural (art. 11.2). Solo será posible consentimiento por representación si el paciente menor de edad no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

9º.- **Reconocimiento del derecho los cuidados paliativos**, con una mención expresa en el PL de Ciudadanos al uso de medios de sujeción de mecánica. En efecto el art. 11.3 del PL establece que en casos de agitación en enfermos terminales, la sujeción mecánica solo se contemplará hasta lograr la sedación adecuada.

10º.- **Otros derechos/garantías:**

- a) Derecho al acompañamiento y a recibir asistencia espiritual/religiosa.
- b) Derecho a la intimidad.
- c) Derecho a la estancia en habitación individual.
- d) Derecho al asesoramiento en cuidados paliativos.
- e) Derecho a las instrucciones previas (ya citado).
- f) Derecho al apoyo a la familia y personas cuidadoras,
- g) Reconocimiento de la función consultiva de los Comités de Ética Asistencial.

11º.- Deberes de los profesionales.

Se regulan de forma muy parecida, pudiendo destacar los siguientes:

- a) Deberes respecto a la información clínica.
- b) Deberes respecto a la toma de decisiones y la limitación del esfuerzo terapéutico. El art. 17 de la LP de Ciudadanos, profundiza algo más que la Ley de Madrid en su regulación, al señalar que dicha limitación “se llevará a cabo oído el criterio profesional del personal de enfermería responsable de los cuidados, y requerirá que la opinión del médico responsable sea coincidente con la de, al menos, otro médico de los que participen en su atención sanitaria.

El PL de Asturias también se pronuncia sobre el deber de los profesionales sanitarios, y al igual que el PL de Ciudadanos, establece en su art. 22 la necesidad, en determinados casos (terapia de soporte vital, estado vegetativo persistente, y situaciones en las que no haya habido relación asistencial previa entre paciente y facultativo), que la decisión sea discutida al menos con otro profesional sanitario dentro de los habituales cauces de toma de decisiones clínicas.

Asimismo, y como común denominador en los tres documentos, se pone especial énfasis en resaltar el deber de todos los profesionales sanitarios implicados de *“respetar los valores, creencias y preferencias de los mismos en la toma de decisiones clínicas”*.

- c) Deber de los profesionales para evaluar la incapacidad de hecho del paciente. Deber recogido únicamente en el PL de Ciudadanos (art. 16) que enumera una serie de factores a tal efecto.

12º.- Régimen de responsabilidades. Tanto la Ley de Madrid como el PL de Ciudadanos incluyen una misma cláusula, *“El cumplimiento de la voluntad manifestada por el paciente en la forma prevista en la presente Ley y de conformidad con el ordenamiento jurídico excluirá cualquier exigencia de responsabilidad por las correspondientes actuaciones de los profesionales sanitarios dedicadas a dar cumplimiento a su voluntad exceptuando posibles malas prácticas por parte de los profesionales sanitarios”*.

Más allá de las posibles diferencias entre los textos analizados, que como se ha podido ver no son tantas, lo cierto es que ninguno de ellos ampararía casos como el que recientemente ha saltado a la luz pública (El País). Un paciente afectado de ELA, que a la vista del grave deterioro de su estado físico, optó por poner fin a sus días por sí mismo, sin esperar a que llegase el momento en que la enfermedad estuviese en un estado muy avanzado y su situación totalmente invalidante.

Texto completo: elpais.es

3.- SENTENCIA PARA DEBATE.

- A VUELTAS CON EL REINTEGRO DE GASTOS Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Vicente Lomas Hernández.

Doctor en Derecho.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.

Hay debates que pese al tiempo transcurrido, continúan acaparando la atención de la doctrina y de los órganos jurisdiccionales. Un buen ejemplo es la distinción entre reintegro de gastos y responsabilidad patrimonial sanitaria, y la determinación del orden jurisdiccional competente.

La S JC-A nº 2 de Toledo, número 80 de 29 de febrero de 2016, desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Director Gerente del Sescam por la que a su vez se desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial por denegación del tratamiento de la hormona del crecimiento.

Se trataba de un caso en el que los padres del menor habían seguido las dos vías posibles, la responsabilidad patrimonial y el reintegro de gastos. Los padres decidieron acudir a una clínica privada donde se le aplicó la hormona del crecimiento con resultados positivos. Formularon demanda de reintegro de gastos que fue estimada reconociéndoles el derecho al reembolso de la cantidad de 9.411 €. Ahora lo que pretendían era el abono de una indemnización de 2 millones de euros por la supuesta pérdida de oportunidad derivada de la negativa, por parte de la sanidad pública, a proporcionar la citada hormona, procediéndose a su tramitación.

Las SSJC-A nº 2 de Toledo, nº 126 de 30 de abril, y nº 135 de 30 de abril de 2015 también constituyen un buen ejemplo de confusión existente entre ambas figuras de responsabilidad patrimonial y reintegro de gastos sanitarios.

En la primera de las sentencias citadas el paciente acude al servicio de urgencias del Hospital de Cuenca por una lesión de rodilla. Posteriormente solicitó una segunda opinión médica sin que, según manifiesta, recibiera respuesta de la Administración. Finalmente acude a la sanidad privada donde se somete a una intervención quirúrgica. Reclama el reintegro de los gastos -la factura asciende a 6.113,79 €) y además una indemnización que asciende a 20.000 €. Llama la atención que el argumento empleado por la propia Administración y ante un juzgado de lo contencioso para desestimar la reclamación presentada, fuese entender que no concurrían las notas de “urgencia vital”, concepto éste tradicionalmente asociado a la figura de “reintegro de gastos”.

Algo parecido sucede en la segunda de las sentencias, en la que únicamente se reclama la cantidad económica satisfecha por las actuaciones médicas realizadas en un centro sanitario privado, así como los gastos derivados del hotel y desplazamiento (es decir, y muy importante, a diferencia del caso anterior el actor no pide una indemnización adicional por daños y perjuicios).

En este otro caso el paciente, ante la angustia de perder el riñón sin que la sanidad pública le diera una solución hasta el lunes de la semana siguiente, acudió directamente a la Clínica Universitaria de Navarra. El tratamiento que se da a la reclamación, tanto en vía administrativa como judicial, no es el de un reintegro de gastos (reembolso únicamente de los gastos ocasionados, que es lo que pide) sino el propio de un supuesto de responsabilidad patrimonial (subsumido en la ya desaparecida “denegación injustificada de asistencia”).

Enfrente tenemos los pronunciamientos del orden social, como la **SJ de lo Social nº 1 bis de 18 de noviembre de 2016, nº 466, en un caso que presenta grandes similitudes con los anteriores.** La paciente menor de edad (13 años) presentaba un déficit muy importante de talla para lo que la pediatra propuso el inicio del tratamiento con hormona del crecimiento. La propuesta fue elevada al Comité Asesor del Ministerio que denegó el tratamiento. Por decisión de los padres se inició tratamiento que resultó efectivo y beneficioso, ascendiendo el importe total del mismo a 19.691 euros. La petición de reintegro de gastos fue desestimada por la Administración.

En el presente caso no estamos ante un supuesto de urgencia vital, si bien ha quedado acreditada la buena evolución de la paciente tras el tratamiento con somatropina, ya que aumentó la velocidad del crecimiento hasta el percentil 100 pasando de una talla de 134 cm a 152 cm. Por todo ello, y teniendo en cuenta que se siguieron las indicaciones de la pediatra, la conclusión es que la negativa es equivalente a la denegación injustificada de la prestación de la Seguridad Social.

Y para finalizar la STSJ de CLM, Sala de lo Social de 2 de mayo de 2016 nº 1037/2015. La Sala estima el recurso de suplicación interpuesto por la Administración sanitaria contra la sentencia de instancia que estimo la petición de reembolso de gastos por la atención sanitaria recibida en un centro privado. El paciente había acudido al servicio de urgencias del Hospital por un desprendimiento de retina. Sin dilación se procedió a gestionar con diligencia la intervención quirúrgica que demanda por su situación patológica, lo que tuvo lugar el mismo día que fue atendido en urgencias, y se le comunicó que estaba incluido en lista de espera para ser intervenido en el complejo hospitalario de Albacete. Dos días después el paciente fue intervenido quirúrgicamente en una clínica privada, por la que tuvo que abonar la cantidad de 4839 €. Dos días después se pusieron en contacto desde el hospital de Albacete para comunicarle que su operación tendría lugar el día siguiente. Por tanto teniendo en cuenta la ausencia del requisito de urgencia vital, y la correcta actuación del Servicio Público de Salud se estima el recurso de suplicación.

“El actor tras recibir la información suministrada por los servicios médicos privados decidió inmediatamente ser tratado por los mismos, No dando opción alguna a la sanidad pública de adoptar la más mínima decisión al respecto”.

Lo que se llama poderosamente la atención es que uno de los motivos alegados por la Administración en el recurso como infringidos, es el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender que es la jurisdicción contencioso administrativa la única competente para el conocimiento de las acciones sobre Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

La Sala con buen criterio y con buen criterio y como no podía ser de otro modo, desestima este motivo debido a que este tipo de acciones se encuadra dentro del artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006.

- **LA FIGURA DEL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL ESTATUTARIO SEGÚN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA.**

Vicente Lomas Hernández.
Doctor en Derecho.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.

El TSJ de CLM ya nos ha sorprendido en ocasiones anteriores con la importación al ámbito del régimen jurídico del personal estatutario de figuras más afines al ámbito laboral, y un buen ejemplo lo podemos encontrar en la reciente STSJ de CLM nº de rec de apelación 3316/2015, de 10 de marzo de 2017, de anulación de cese como personal estatutario eventual por fraude de ley, y reposición en plaza de nueva creación como personal indefinido no fijo.

Es objeto de impugnación las resoluciones de cese como personal estatutario eventual del recurrente, que había estado prestando servicios durante más de 8 años en el HNP de Toledo, participando en diversos proyectos de investigación. A lo largo de todo ese período de tiempo siempre mantuvo relación de empleo de carácter temporal, en unos casos a través de nombramientos administrativos como personal eventual, y en otros como personal laboral a través de la Fundación adscrita a dicho centro hospitalario.

Las Sala concluye que a tenor de las pruebas practicadas no existían razones suficientes para concatenar tantas relaciones distintas durante un período de 8 años, ni que las necesidades fuesen de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinarias puesto que se han prolongado durante tanto tiempo permaneciendo invariables en forma y función, sin que las descripciones u justificaciones dadas por parte de la Administración en la suscripción y prórrogas de los contratos respondan a la realidad del trabajo realizado.

Respecto al incumplimiento por la Administración del deber recogido en el art. 9 del EM sobre la falta de valoración por la Administración de la necesidad de proceder a la creación de una plaza de interpretarse, dadas las circunstancias concurrentes ya examinadas, en el sentido de la necesidad de la creación de la plaza estructural era necesaria. En consecuencia se condena a la Administración a la creación de una plaza

Lo curioso es que la reposición del apelante a la plaza que ha de crear el SESCOAM, lo será como personal indefinido no fijo (o indefinido temporal en la terminología del TS), y ello hasta el momento en que se proceda a su provisión definitiva tras el correspondiente proceso selectivo.

4.- ARTÍCULOS REMITIDOS POR NUESTROS LECTORES.

- MUERTE DIGNA, RESPONSABILIDADES Y ASEGURAMIENTO.

María Sutil Fernández
Letrada en Muñoz Arribas Abogados, S.L.P.

La reciente reunión entre La Organización Médico Colegial y la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (en adelante SECPAL) presentando sus propuestas para una ley del final de la vida, ha puesto una vez más de manifiesto la voluntad del colectivo profesional por regular esta circunstancia.

España cuenta con diversas leyes autonómicas que efectivamente abordan dicho proceso en relación con el derecho a la autonomía de la voluntad de los pacientes y hace tan solo unas semanas la mayoría de los grupos parlamentarios votaron a favor de la admisión a trámite una proposición de Ley sobre la muerte digna.

Dichas regulaciones centran el espíritu legislativo en preservar y proteger los derechos del paciente en el final de la vida, de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley 14/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente (en adelante Ley 41/2002).

Así, son varios los puntos comunes regulados por autonomías como Galicia, Navarra, Andalucía, País Vasco etc.: la información asistencial y el derecho a rechazar tanto información como tratamientos, conforman las piedras angulares de las citadas leyes autonómicas.

Sin embargo si analizamos cada una de ellas puede comprobarse cómo, en referencia a los facultativos (que en última instancia son los encargados de cumplir la voluntad del paciente) únicamente se regulan deberes, echándose en falta una concreta regulación de sus derechos.

Surge en este momento una confrontación clara entre el cumplimiento de la voluntad del paciente (en cuanto a no someterse a un tratamiento, o en cuanto a la posibilidad de una sedación paliativa) y las distintas responsabilidades en las que pueda incurrir el profesional.

En este sentido, la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida, prevé dentro las obligaciones de los profesionales, en torno a la toma de decisiones clínicas y la proporcionalidad de las medidas terapéuticas, la emisión de una resolución clínica que se base en la evidencia científica disponible, su experiencia, la gravedad y pronóstico de la persona afectada, y los deseos previamente expresados por el paciente.

Otras autonomías optan por la consignación exhaustiva de todos estos datos en la propia historia clínica del paciente como defensa ante un posible procedimiento judicial.

No obstante puede comprobarse cómo estas obligaciones son reiterativas de las recogidas ya en la Ley 41/2002, por lo que desde el punto de vista de los facultativos, las leyes autonómicas que regulan el final de la vida ofrecen pocas novedades.

Hasta el momento la mayor parte de los casos en los que se dirimían asuntos relacionados con la autodeterminación de la voluntad de los pacientes en relación con el derecho a la vida y a la salud, venían dadas por un componente religioso. Muestra de ello, han sido los Testigos de Jehová y su consabida negativa a recibir transfusiones sanguíneas.

Más allá de esgrimir su libertad de culto, se debatía in fine su derecho fundamental a la integridad física, recogido en el art. 15 de la Constitución Española. En este sentido, surge una confrontación entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal y que se traduce finalmente como un derecho fundamental a la integridad física. Ambos, regulados por un mismo precepto constitucional que se configura en dos vertientes diferentes: el derecho a la vida, y el derecho a la autonomía de la voluntad personal y la integridad física.

Nos encontramos por lo tanto en un escenario en el que de un lado se reclama una mayor autonomía de la voluntad del paciente en el proceso final de la vida, y de otro, en el que dicha autonomía encuentra su techo en el mismo artículo 15 de la Constitución, que protege el derecho a la vida.

Muestra de ello, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, rec. de apelación 39/2003, que determina que *“no puede afirmarse, a priori, que una persona sea libre de arrostrar la propia muerte y que ello constituya un derecho fundamental (...) de modo que no puede convenirse en que la paciente goce sin matices de la tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser”*

Así pues y como ya se ha indicado, a falta de una regulación expresa que delimite el marco de actuación de los facultativos, paralela al desarrollo a la regulación de los derechos del paciente, las leyes autonómicas que abordan el proceso del final de la vida posicionan a los mismos en una situación de desprotección frente a eventuales responsabilidades.

Si tomamos como ejemplo la sedación paliativa, prevista y regulada en la amplia mayoría de las leyes autonómicas, hemos de remitirnos a la definición emitida por la sociedad científica de referencia, la SECPAL, que entiende por ella una *“disminución deliberada de la consciencia del enfermo, una vez obtenido el oportuno consentimiento, mediante la administración de los fármacos indicados y a las dosis proporcionadas, con el objetivo de evitar un sufrimiento insostenible causado por uno o más síntomas refractarios, que son aquellos que no pueden ser adecuadamente controlados con los tratamientos disponibles, aplicados por los médicos expertos, en un plazo de tiempo razonable.”*

Atendiendo a dicha definición, la diferencia entre la sedación paliativa y la eutanasia viene determinada por la intención, el procedimiento y el resultado.

Ello, desde el prisma del aseguramiento de la responsabilidad profesional de un facultativo sanitario, nos lleva al art. 19 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), que dispone que “*el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*”.

Dicho texto legal configura la mala fe del asegurado equiparándolo al dolo, que de facto constituye una cláusula siempre presente en cualquier póliza de responsabilidad profesional sanitaria.

¿En qué lugar queda el profesional sanitario entonces respecto a la sedación paliativa? Evidentemente, si nos remitimos a la definición de la SECPAL se trata de una disminución “deliberada” de la consciencia del enfermo, por lo que podría configurar una causa de exclusión de cobertura.

Sin embargo, y retomando tanto las guías de dicha sociedad como las propias leyes autonómicas, debe estarse al fin de dicha sedación, que no es otro que evitar el sufrimiento del paciente en tanto llega su muerte, lo que excluye el dolo y por tanto la exclusión de cobertura en una posible reclamación por fallecimiento, en este contexto. ¿Pero qué ocurre en el caso de un tercero perjudicado? Existen numerosos artículos que abordan dicha cuestión y lo cierto es, que de acuerdo con la Jurisprudencia actual la “*exceptio doli*” no resulta oponible frente a terceros. De este modo, en el caso de que se ejerciera la acción directa frente a la aseguradora prevista en el art. 76 de la LCS, en el proceso habría de determinarse en primer lugar, si efectivamente el facultativo actuó con la intención de causar el fallecimiento al paciente o por el contrario alivió su sufrimiento durante dicho proceso.

En el caso de que fuera acreditada la primera de las opciones, la aseguradora habría de responder frente al tercero demandante, sin perjuicio como indican Ley y Jurisprudencia, de repetir frente al facultativo.

Pueden extraerse por lo tanto dos conclusiones: en primer lugar resulta necesaria para los sanitarios una regulación paralela a la de los derechos del paciente, y en segundo lugar, a falta de la misma, la necesidad de consignar de manera exhaustiva toda la toma de decisiones en la historia clínica del paciente, de tal modo que la actuación del facultativo quede provista de sustento probatorio suficiente en el caso de que se le reclamase algún tipo de responsabilidad.

5.- DOCUMENTOS DE INTERES

Vicente Lomas Hernández
Doctor en Derecho.
Licenciado en CC. Políticas.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica

I- RECURSOS HUMANOS:

A) JORNADA

- Régimen de descansos.

STSJ de CLM de 4 de marzo de 2016, nº 132.

Se desestima el recurso interpuesto por el Sindicato CSIF contra las Instrucciones del Servicio de Salud para la aplicación de la jornada laboral anual. Se discute la posible vulneración del art. 52 del EM conforme al cual se deriva un descanso mínimo semanal ininterrumpido de 36 horas (24+12), y que dicho descanso no se cumple si se hace una guardia el sábado y el lunes el trabajador se tiene que incorporar.

La Sala aplica el criterio ya recogido en la Sentencia de 1 de febrero de 2013, nº 89, en la que se establecía la inexistencia de vulneración alguna ya que el mencionado precepto legal establece un cómputo bimensual del período de descanso en cuestión.

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

B) PROVISIÓN

- Decreto de provisión de puestos intermedios.

STSJ de Asturias nº 139/2016 de 26 de febrero.

La Sala confirma la legalidad del Decreto 87/2014 por el que se regula los sistemas de provisión de puestos de trabajo singularizado y mandos intermedios. La organización sindical recurrente alega que la citada disposición reglamentaria vulnera el principio de mérito y capacidad para el acceso al desempeño de las funciones públicas que implica dichos puestos recogido en el artículo 23.2 de la Constitución. A juicio de la organización recurrente, la exclusión del acceso a los puestos de trabajo singularizados y de mandos intermedios de todo el personal laboral fijo y funcionario que presta servicios en el Servicio de Salud del Principado de Asturias, resulta discriminatoria por atender exclusivamente a la naturaleza jurídica del vínculo.

La Sentencia desestima dicho recurso. La Administración sanitaria, conforme a lo previsto en la disposición adicional 13ª del Estatuto Marco, dio la opción de integración en la condición de personal estatutario fijo del Servicio de Salud, por lo que no puede entenderse en el momento actual que se verían vulnerados los principios de mérito y capacidad.

El segundo argumento empleado por la parte recurrente consiste en la indefinición de lo que la disposición reglamentaria denomina “puestos de trabajo singularizados”, y que a juicio de la organización sindical abre una puerta a la arbitrariedad de la Administración. En cambio la Sala considera que no concurre el citado motivo de impugnación porque el reglamento se remite a estos efectos a la plantilla orgánica.

Por último se critica la posibilidad de que la Administración pueda nombrar temporalmente en comisión de servicio a personal estatutario fijo durante al menos un año, cuando considere que se trata de una provisión urgente o de inaplazable necesidad. Esta posibilidad se encuentra prevista en el artículo 39 del Estatuto Marco, y por tanto el Decreto impugnado respetaría el principio de legalidad.

Igualmente se considera contrario a Derecho por la organización sindical recurrente que el Decreto autonómico se pronuncie sobre el carácter renunciante o irrenunciante del complemento específico, cuando tal complemento, para el caso de los licenciados sanitarios, es personal, y por tanto, renunciante. Según el artículo 77.2 del Estatuto Marco corresponde a la Administración autonómica establecer los supuestos que están sujetos a incompatibilidad reconociendo, por tanto, un margen de discrecionalidad al Servicio de Salud, sin que la regla de la dedicación exclusiva se aplique con carácter general, sino a los puestos cuya regulación específica justifica la necesidad de su dedicación exclusiva.

Se considera asimismo ilegal la previsión reglamentaria que establece la tramitación de comisiones de servicio a una plaza básica del área sanitaria en donde se haya obtenido nombramiento para un puesto de mando intermedio, para aquellos casos en que dicho nombramiento hubiese recaído en personal ajeno al área, por entender que resultaría contrario al artículo 39 del Estatuto Marco. La Sala tampoco advierte discrepancias entre el citado precepto legal y el artículo reglamentario impugnado.

Por último el artículo 11.3 del Decreto en cuestión establece que cuando la persona que esté ocupando un puesto singularizado o mando intermedio acceda a una situación distinta a la de servicio activo que implique reserva de plaza, el período de cinco años para la siguiente evaluación quedará suspendido. Se trata de una previsión que pretende evitar que el desempeño de este tipo de puestos pueda ocasionar menoscabo en la situación personal y laboral de los interesados, es decir, que el pase a estas situaciones administrativas no se convierta en un lastre para el acceso a estos otros puestos.

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

C) VALORACIÓN DE SERVICIOS/CURSOS

- **Valoración de servicios prestados en una residencia de ancianos como servicios prestados en IISS del SNS.**

STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2016, nº 48/2016.

La recurrente había prestado servicios durante diez años en una residencia de ancianos como auxiliar de enfermería, y solicita que ese lapso de tiempo se compute como servicios prestados en una Institución Sanitaria del SNS. A tal efecto invoca la interpretación en sentido amplio que hace la jurisprudencia de la expresión “*Sistema Nacional de Salud*” (SSTS de 31 de octubre de 2014, 16 de julio de 2014). Asimismo la Jurisprudencia se ha decantado en estos casos por analizar la naturaleza de las funciones desarrolladas en el trabajo cuya valoración se pretende. Así la STS de 12 de mayo de 2015 incide en la cualidad de los servicios más que en el carácter del centro en que se prestan, de modo que cuando el trabajo desempeñado pertenece al campo sanitario, ha de computarse la experiencia adquirida, máxime si cabe integrar los servicios en los propios del SNS.

En el presente caso la residencia en cuestión cabe aplicarle el carácter de centro sanitario, y las funciones de la recurrente como auxiliar de enfermería en el centro en cuestión pueden integrarse entre las que tienen como finalidad la atención integral y sociosanitaria del beneficiario, que pueden integrarse entre aquéllas a las que se refiere el art. 7.1 de la Ley 16/2003, dentro del catálogo de prestaciones del SNS.

- **Valoración de cursos de formación realizados como residente a efectos de proceso selectivo**

STSJ de Extremadura de 10 de diciembre 2015 nº 219.

El Tribunal del proceso selectivo para el acceso a plazas de facultativos especialistas de área en las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud, no valoró las actividades y cursos de formación realizados durante el período de formación de especialista como médico interno residente. El Tribunal entiende que el apartado “*otra formación*” únicamente puede venir referido a la formación continuada establecida en el Capítulo Cuarto, Título Segundo de la Ley 44/2003. Según el artículo 33 de la citada Ley, la formación continuada es la que se inicia al finalizar los estudios de pregrado o de especialización, por lo que no se computa los cursos y otras actividades formativas realizadas durante el período MIR.

La sala confirma la Sentencia de instancia, pues el artículo 20.3 de la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias permite al residente realizar una formación adicional o complementaria, fuera del programa oficial de la especialidad. Así pues no sólo existen tres tipos de formación- formación pre graduada, formación especializada, Y formación continuada- sino que también es posible la realización de formación durante el periodo MIR distinta a la formación oficial de la especialidad. Es obvio que el MIR que durante su período de formación especializada realiza, por su propia decisión, otra formación adicional o complementaria a la oficial, resulta ser un profesional mejor formado y merece ser baremado.

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

D) RETRIBUCIONES

- **Diferencias retributivas entre profesionales de atención primaria y atención especializada. Complemento de atención continuada.**

Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de enero de 2016, nº 49

No resulta discriminatorio que el personal administrativo que presta servicios en los puestos de atención continuada en domingos y festivos no perciba el denominado complemento de atención continua, mientras que los auxiliares administrativos en atención especializada, e incluso los celadores en atención primaria, sí perciben el citado complemento retributivo. Según la Administración, no se retribuye porque este colectivo no realiza turnos rotatorios que sí realiza el resto del personal.

La sentencia estima el recurso interpuesto por el Sindicato, pues este complemento retributivo no retribuye la realización de trabajos en turnos rotatorios- para ello está el complemento singular por turnicidad-, sino la prestación de servicios en domingos y festivos.

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

E) MOVILIDAD

- **Anulación de Resolución de movilidad voluntaria por incluir un requisito no previsto en la Ley.**

STSJ de Castilla y León del 26 de febrero de 2016 número 27

La Administración recurre en apelación la Sentencia que estimó el recurso interpuesto por el Sindicato de enfermería (SATSE) contra la Resolución del Gerente del Área de Segovia, por la que se hacía pública la convocatoria ordinaria de movilidad voluntaria. Dicha Resolución incluía como requisito de participación la obligación de solicitar todos los puestos incluidos en la convocatoria correspondientes en turno fijo de mañana o de tarde. La Sentencia desestima el recurso, ya que no existe previsión normativa que permita adicionar como requisito la obligación de solicitar todas las plazas. Por tanto dicha Resolución establece unos requisitos adicionales para la participación que no se ajustan a lo previsto en la Ley autonómica, ni en el reglamento de desarrollo, ni tampoco en las bases comunes, que tiene por objeto desarrollar el procedimiento de movilidad voluntaria.

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

F) JUBILACIÓN

- La jubilación no actúa de modo automático una vez alcanzada la edad de 65 años.

STS del de 22 de febrero de 2016, nº de rec 276/2015.

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Salud de Valencia, que entendía que ante la inexistencia de Plan de Ordenación de Recursos Humanos, y en aplicación de la jurisprudencia, la jubilación del personal estatutario se produce “*ope legis*”, de modo que lo excepcional es la prolongación el servicio activo. Sin embargo las sentencias invocadas por la Administración, y cuya vulneración se denuncia, abordan supuestos en los que la premisa de partida era precisamente la existencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, lo que constituye una diferencia sustancial con el caso actual.

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

II- CONTRATACIÓN.

- Prórrogas y modificaciones en los contratos de gestión de servicios públicos.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Informe 16/2016, de 20 de julio.

La Junta Consultiva reitera nuevamente su doctrina sobre el criterio a seguir para la calificación como contrato de servicios de aquellos contratos que comporten la prestación de servicios sanitarios. Según dicho criterio, los contratos que aparentemente se pueden calificar como contratos de gestión de servicios públicos por razón de su objeto, pero respecto de los que no quede acreditada la transferencia al contratista del riesgo derivado de la explotación del servicio, deben calificarse como contratos de servicios. En el caso en cuestión parece no existir asunción de riesgos por el contratista toda vez que el sistema de pago del precio lo es a tanto alzado. Lo determinante es que la parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Ahora bien no por lo anterior cabría aplicar el régimen de prórrogas propio del contrato de servicios cuando el contrato fue calificado como contrato de gestión de servicios públicos. Por este motivo resulta inadecuada a referencia a la prórroga de mutuo acuerdo que se recoge en el contrato, que no sería factible ya que el régimen de prórroga aplicable sería el régimen general previsto en la Ley y según el cual cuando estando prevista la prórroga en el contrato, cuando sea acordada por el órgano de contratación, resulta obligatoria para el empresario.

Por último sobre la viabilidad de que la Administración sanitaria pueda ordenar a la empresa adjudicataria a continuidad de la prestación del servicio sin contrato administrativo, esta posibilidad no está contemplada en la normativa sobre contratación pública.

Texto completo: aragon.es

- **Imposibilidad de introducir en contrato derivado una nueva prestación no incluida en el Acuerdo Marco.**

Resolución nº 89/2016 del TACP de Aragón, de 05 de Septiembre de 2016

En este procedimiento de contratación, el objeto viene predeterminado por las prestaciones incluidas en el PCAP del Acuerdo Marco del que deriva, y el lote n. 7 que incluye única y exclusivamente los PET-TAC cerebral y de cuerpo completo. Esas y no otras, fueron las prestaciones definidas y requeridas; para ellas se fijaron los importes máximos de licitación, y a las mismas presentaron sus ofertas los dos licitadores. Por ello, no resulta posible ahora, en fase de adjudicación de un contrato derivado, incluir una prestación que no formó parte del objeto en el Acuerdo Marco del que trae causa. Resulta, en consecuencia, ilegal incluir ahora, en la adjudicación de un contrato derivado, una nueva prestación como es el PET-TAC de metabolismo tumoral FDG-Colina.

Texto completo: aragon.es

- **El objeto del contrato no puede dividirse o fraccionarse más allá de los lotes previamente fijados en los Pliegos.**

Resolución del TACRC nº 646, de 5 de agosto de 2016, nº rec 596/2016

La Resolución anula la adjudicación del lote 24 del contrato basado en el Acuerdo Marco para la Selección de Proveedores de Medicamentos para los Centros dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. El laboratorio recurrente concurrió a la licitación del procedimiento abierto para la adjudicación del lote 24. Dicho lote se adjudicó a dos empresas, decisión que se considera contraria a Derecho debido a que no es posible dividir el objeto del lote a efectos de hacer recaer la adjudicación en distintos licitadores, de modo que el lote debió adjudicarse a un único licitador.

Así pues el objeto del recurso consiste en analizar si resulta posible que el órgano de contratación, en un contrato dividido en lotes, pueda adjudicar uno de ellos a varios licitadores, dividiendo así el lote en otros tantos como adjudicatarios se determinen. Sobre este respecto ya se pronunció el TACRC en su Resolución 132/2013, en la que se decía “...*debe distinguirse entre Acuerdo Marco y contratos derivados. Y si bien para el primero está legalmente contemplada y admitida la excepcional posibilidad de que pueda adjudicarse a varios empresarios, en cuanto a los segundos se parte, claramente, del principio de que cada uno de los contratos derivados deberá reconocer un único adjudicatario...*”. Este mismo planteamiento resulta aplicable a este otro caso sin que por tanto pueda admitirse la postura del órgano de contratación de adjudicar un único lote a dos empresas, “*se ha establecido ex novo un nuevo lote (...) dado que es posible que algún laboratorio no hubiera presentado su oferta por no disponer de los medicamentos incluidos en un lote y que, de haber sabido que podía limitar su participación a una o dos presentaciones, hubiera podido decidir suscribir una oferta para una o varias presentaciones incluidas en un lote*”.

Texto completo: minhafp.gob.es

- La exclusión de un laboratorio por suministrar un medicamento con el mismo principio activo pero bajo un formato distinto, atenta contra el principio de libre concurrencia.

Resolución nº 620/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 29 de Julio de 2016.

Es objeto de impugnación los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del acuerdo marco destinado a regular las condiciones del "Suministro de medicamentos del Grupo L "Terapia antineoplásica y agentes inmunomoduladores" para su utilización por los Hospitales dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias", licitado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

El recurrente alega la indebida exigencia de que dicho medicamento deba suministrarse en formato de cápsulas; y ello porque la mercantil CHIESI comercializa el mismo principio activo, de liberación modificada, pero en forma de comprimidos en lugar de cápsulas. Entiende por tanto, que tratándose de un medicamento similar, pero con una presentación diferente, se introduce una discriminación.

De la lectura del informe del órgano de contratación se extraen tres motivos principales por los que no resultaría beneficioso cambiar el suministro actual: uno es la experiencia por el consumo habitual del medicamento actualmente utilizado; el segundo es el perjuicio médico para los actuales pacientes a los que se ha prescrito dicho medicamento y debieran cambiar de tratamiento; y el tercero es la protección del presupuesto, pues teme la Administración que el medicamento del recurrente resulte más oneroso.

Respecto al primero de ellos, atinente a los consumos históricos, supone valorar de facto la experiencia previa de los licitadores, lo cual es un factor vetado en el ámbito de la contratación, con muy escasas salvedades.

La experiencia previa no puede constituirse como criterio de justificación, habiéndose previsto esta circunstancia de forma expresa en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, artículo 45.1: "*1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*"

Por su parte, precisamente a raíz de esa normativa, se introdujo como causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos relacionados en el TRLCSP, la prevista en el artículo 32.d: "*Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*"

En definitiva, el hecho de venir suministrando un medicamento a lo largo del tiempo en un centro médico, no puede presuponer una ventaja para el licitador correspondiente, en detrimento del resto, pues elimina de facto la concurrencia. Y más aún, cuando en un caso como el que estudiamos, no habría competencia efectiva, pues sólo hay un productor del medicamento en formato de cápsulas, y un productor del medicamento en formato de comprimidos.

En segundo lugar, se alega el trastorno para los pacientes en caso de que se produjera una modificación del tratamiento. Sin embargo, aunque la salud de las personas es un bien jurídico constitucionalmente protegido, y por tanto, de especial importancia, la tesis de la Administración no se encuentra debidamente justificada, y no es hábil para justificar el inmovilismo en la contratación que se pretende. El Tribunal señala que la Administración no ha acreditado la existencia de un peligro real, concreto e inminente.

“...puede pensarse que para el hipotético cambio de suministro (que no necesariamente ha de producirse en el caso de abrir la concurrencia) habrá pacientes nuevos que no habrán utilizado nunca el medicamento anterior. Habrá pacientes antiguos que lo podrán concluir, por la existencia de un cierto remanente hasta la implantación del nuevo. Y por último, en el supuesto que fuera necesario, podría tramitarse un procedimiento de licitación al efecto para contratar el suministro requerido.

Nuestro sistema de seguridad social, y en concreto, el sistema de prestaciones farmacéuticas, no puede garantizar un derecho a que permanezcan inalterables los tratamientos, obteniendo unos medicamento u otros. Y precisamente, la protección del presupuesto que invoca el órgano de contratación obliga a que puedan explorarse mejoras en el coste de los suministros, ya sea mediante un proveedor nuevo más barato, o mediante el mismo proveedor que mejora su oferta ante la existencia de concurrencia efectiva”.

Y en tercer lugar, se acude a la protección del presupuesto, como máxima que rige la contratación pública. El argumento de la Administración gravita sobre el hecho de que ambos medicamentos no son equipotentes, requiriendo diferente dosis; así como que los diferentes formatos incurren en un diferente coste, siendo más económica la presentación en cápsulas.

La Administración no debe prejuzgar que la utilización del medicamento en cápsulas va a resultar más económica; debe comprobar que la oferta del medicamento en cápsulas es más económica que la oferta en comprimidos, pues para eso se diseña el procedimiento de contratación administrativa, pero no puede eliminar de raíz la posibilidad de comparar las ofertas.

En el presente caso “el licitador recurrente no puede ajustarse al pliego modificando su producción, pues ello implica a nuestro juicio, cambiar por entero el producto, que por sus características, suponemos ha debido conllevar un importante desarrollo técnico; exactamente igual que el de la competencia. Por tanto, sólo cabría admitir la postura de la Administración en el caso de que se justificara inexcusablemente que la cápsulas y no los comprimidos son necesarios para la satisfacción del suministro a proporcionar, lo cual ya hemos rechazado.

Conocedora la Administración de la existencia de dos productos que pueden servir a la satisfacción de sus necesidades, habrá de tomar las medidas necesarias para favorecer la concurrencia, y que ambas empresas puedan competir por la adjudicación, utilizando criterios que no favorezcan a la una sobre la otra, lo cual, no redundará sino en el beneficio del colectivo destinatario del suministro, y de la Administración contratante”.

Texto completo: minhafp.gob.es

- Aplicación directa del art. 60.3 de la Directiva 2014/24/UE.

Resolución del TCRC de 15 de julio de 2016.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales, en Resolución de 15 de Julio de 2016, declara la aplicación directa del artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE sobre el derecho del licitador a utilizar medios alternativos para la acreditación de la solvencia económica y financiera. Como consecuencia de lo anterior, anula la cláusula del PCAP, en concreto dice que ni la cláusula 14 ni la cláusula 15.3.2.i) del PCAP contemplan la posibilidad de acreditar alternativamente la solvencia económica.

Según el Tribunal, a la vista de la redacción del pliego, puede producirse una situación de inseguridad jurídica para los licitadores que pueden considerar que no se autorizan medios alternativos para acreditar la solvencia económica. Esta incertidumbre no puede solventarse, como se afirma en el órgano de contratación, por una potencial interpretación favorable a la acreditación por otros medios de la solvencia económica que podría ser denegada, dada la redacción de la cláusula 14 del PCAP. Procede en consecuencia estimar este motivo de impugnación, de modo que con anulación de esta cláusula, se retrotraiga el procedimiento para que se elabore y publique un PCAP en el que se prevea expresamente la posibilidad, en los términos del artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE, de acreditar la solvencia económica por medios alternativos.

Este artículo establece:

Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I.

Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado."

Texto completo: minhafp.gob.es

III- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

- **Práctica de notificación defectuosa en el marco de un expediente disciplinario.**

STSJ de Andalucía de 9 de diciembre de 2015 nº 2264/2015.

La notificación de una resolución sancionadora exige la adopción de una serie de garantías, entre las que se incluye en primer lugar, que la práctica de dicha notificación se lleve a cabo por medio de alguien que tenga dentro de sus competencias o cometidos el de notificar, con la posibilidad de acreditar las circunstancias de la notificación.

En el presente caso, la Dirección General de personal y de desarrollo profesional del Servicio Andaluz de Salud, en un primer intento de notificación de la resolución sancionadora de suspensión de funciones por dos años, se valió de los servicios de un conductor celador, lo que según la Sentencia no puede entenderse que colme las exigencias del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 vigente en ese momento, por las razones anteriormente expuestas. Además no existe la menor constancia en el expediente de esa entrega, ni de la correcta identificación del documento ni del envío que se le entrega para notificación.

En un segundo intento se llevó a cabo una notificación por correo certificado que resultó infructuosa. En el aviso de recibo que les fue devuelto a la Administración, *“No se identifica en ningún sitio el acto administrativo que se pretende notificar, es decir no se hace constancia ee la resolución que se pretenden notificar, ni de su fecha ni siquiera del número de expediente, de manera que es totalmente desconocido lo que acompañaba a aquella tarjeta de aviso de recibo, que se limita a hacer constar la identidad del remitente del envío y del destinatario, pero omite toda identificación del acto a notificar, que es preceptivo conforme al artículo 59.1 de la Ley”.*

Por todo lo anterior no se ha producido el efecto interruptivo de plazo de caducidad del procedimiento disciplinario. Para ello hubiera sido preciso que la notificación intentada por correo certificado se hubiese realizado correctamente, produciendo efectos una vez incorporado al expediente el intento infructuoso.

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

- **Proceso selectivo de enfermería.**

STSJ de Castilla-La Mancha número 200 de 31 de marzo de 2016

Es objeto de impugnación la Resolución de la Directora Gerente del Sescam de inadmisión de la revisión de oficio en relación a diversas Resoluciones dictadas en el proceso selectivo de enfermería. Lo que se discute es la aplicación al presente caso del artículo 106 de la Ley 30/1992, y los límites aplicables a la revisión de actos firmes afectados por nulidad radical.

La Administración considera aplicables los límites recogidos en el artículo antes citado, pues el recurrente durante dos años habría consentido los actos cuya revisión ahora pretende, y el nombramiento del personal seleccionado.

La Sala comparte el criterio de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal, apoyándose a tal efecto en la STS de 25 de mayo de 2012, por lo que habría que examinar cual fue el “dies a quo”, constituido en el presente caso por la fecha de la STS que declaró la nulidad de la base del proceso selectivo, Sentencia de 2 de enero de 2014. A la vista del expediente la parte recurrente sí reaccionó frente a dicha Sentencia solicitando la extensión de efectos, por lo que no cabría hablar de pasividad, y por tanto no resultaría aplicable el artículo 106 de la entonces vigente Ley 30/1992.

Respecto a la Resolución administrativa de inadmisión del recurso de revisión:

“no se comprende bien la Resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de oficio, al amparo del artículo 102.3 de la Ley 30/1992, pues ya la citada solicitud se fundamenta en la STS de 2 de enero de 2014, en la que declaraba la nulidad de pleno derecho de una base idéntica por afectación a los derechos fundamentales. Aunque el artículo 102.3 recoge la facultad de la Administración de inadmisión a trámite, la decisión en este sentido debe basarse en alguna de las razones que se contienen en el precepto; no puede ampararse en que no era un supuesto de nulidad del artículo 62 cuando el Tribunal Supremo había dicho lo contrario; por la misma razón la petición tenía verdadero fundamento, y por último no menciona que ya se hubiera desestimado otras solicitudes sustancialmente iguales”.

En cuanto a las consecuencias que se derivan de la estimación del recurso, la sentencia considera improcedente acordar la tramitación administrativa de la revisión, con el consiguiente informe preceptivo del Consejo Consultivo, debido al excesivo tiempo transcurrido desde que en el año 2009 arrancara el proceso selectivo. *“No obrar de este modo supondría que la decisión administrativa final sería nuevamente recurrible ante este Tribunal y posteriormente ante el Tribunal Supremo. Por ello, para garantizar en este caso la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, considera que lo procedente es que sea el propio Tribunal el que se pronuncie directamente sobre la nulidad de la exclusión del actor de la relación de aspirantes aprobados en la fase de oposición, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo Consultivo”.*

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

- **Exclusión de la bolsa de trabajo temporal sin seguir ningún procedimiento administrativo al efecto.**

STSJ de Castilla-La Mancha nº111 de 4 de abril de 2016

El Servicio de Salud recurre en la apelación la Sentencia de instancia que se pronunció sobre la decisión adoptada por la Administración de no llamar a la reclamante -incluida en la bolsa del trabajo- para la prestación de servicios como auxiliar de enfermería. Según la Administración tal exclusión tiene su base en la falta de capacidad funcional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la categoría, como queda acreditado por los reiterados informes negativos de sus superiores. Sin embargo, la Administración no siguió ningún procedimiento para ello, ni otorgó trámite de audiencia a la interesada, sin que se pueda alegar que el propio Pacto no prevea procedimiento concreto alguno para llevar a cabo la exclusión de llamamientos, o el hecho de que el no llamamiento para la contratación temporal no tenga naturaleza sancionadora.

Tal y como recoge la sentencia *“la decisión de exclusión de una persona incluida en la bolsa de trabajo “viva” requiere de una manifestación de voluntad administrativa que habrá de ser motivada y ajustada al procedimiento establecido. De no existir procedimiento normado- que es el caso- debe acudirse a los principios que norman el proceder en toda manifestación del poder administrativo, estando proscrita la vía de hecho”*. Por este motivo la Sala consideró que no resultaba aplicable al presente caso la STSJ de Cantabria del de 26 de octubre de 2012, citada en el recurso de apelación, debido a que en ese otro caso sí hubo una Resolución del Director Gerente del hospital dictada después de emitirse los informes negativos y tras las reuniones habidas con la persona interesada, que conocía perfectamente el contenido de los informes negativos sobre su quehacer profesional.

- **Decisión de cubrir las guardias médicas con personal sanitario en situación de desempleo.**

STSJ de Andalucía nº 859/2015 de 22 de octubre.

El demandante, médico especialista en medicina familiar y comunitaria del INGESA, desde hace años venía prestando servicios de atención continuada en el servicio de urgencias de atención primaria de Ceuta. Recurre la decisión de la Administración consistente en cubrir las guardias de refuerzo del servicio de urgencias con personal facultativo en situación de desempleo, en lugar de optar por asignar la realización de estos turnos entre el personal que ya prestaba servicios en los centros de salud.

La sentencia desestima el recurso interpuesto por el facultativo pues la norma no impone que los facultativos que se hayan de nombrar para la prestación de servicios de atención continuada fuera de la jornada establecida (los refuerzos), deban mantener una relación de servicios preexistente con la Administración. Además, la posibilidad de nombrar personal estatutario temporal por razones de necesidad en el ámbito del atención continuada se contempla en el artículo 9.3.b) del Estatuto Marco.

Por otra parte en el caso del actor la jornada complementaria ya la llevaba acabo en su centro de salud, donde además de su jornada ordinaria había guardias de atención continuada. Por el contrario, el SUAP no era su centro de destino.

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

IV- INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS.

- El paciente no tiene derecho a conocer la identidad del profesional que accede a su historia clínica.

SJC-A nº 2 de Albacete, de 31 de marzo de 2016, nº 49

La Sentencia confirma que el paciente no tiene derecho a conocer la identidad de los profesionales sanitarios que han accedido a su historia clínica.

En el presente caso una matrona, personal estatutario del Sescam, ante las sospechas de acceso indebido a su historia solicita de la Gerencia que le informe sobre la identidad de los profesionales que han tenido acceso a su HC, y con qué fin lo habían hecho.

La Gerencia desestimó la petición realizada sobre la pretensión de conocer la identidad de los profesionales, todo ello sin perjuicio de informarle sobre la procedencia de instar al órgano competente la apertura de una investigación interna para depurar responsabilidades. Sin embargo no dio respuesta a la segunda de las peticiones planteadas, la finalidad por la que se habría accedido a dicha información.

Respecto de la primera de las pretensiones esgrimidas, la sentencia la desestima y confirma la resolución impugnada, afirmando que:

“Se debe compartir y considerar ajustada a derecho la resolución que emite el Sescam al denegar a la recurrente la solicitud efectuada en sede administrativa de identificación de los profesionales que hubiesen podido acceder a su historia clínica (...) por lo que se debe denegar la petición recogida en el suplico instando la condena a la demandada a conceder el historial de accesos a su historia clínica y el motivo de dichos accesos durante los años 2014 y 2015, pues ello podría llevar aparejada esa identificación de los profesionales...”

Sin embargo sí estima la segunda de las pretensiones ejercitadas, a saber, obtener información sobre si sus propios datos personales están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del mismo, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas, y todo ello en el período comprendido en los años 2014 y 2015.

Para dar respuesta satisfactoria a lo pedido por el usuario en lo que respecta a la finalidad, creo sería suficiente con facilitarle la finalidad propia del fichero tal y cómo está declarado ante la Agencia Española de Protección de Datos.

Por último, si la reclamante hubiera solicitado conocer - que no ha sido el caso- el número de accesos realizados a los datos (sin constar identidades), según la Agencia Vasca de Protección de Datos habría que facilitar esta información. Según el dictamen CN11-009 dicho órgano administrativo:

http://www.avpd.euskadi.eus/contenidos/dictamen_avpd/d11_025/es_def/adjuntos/CN11-009_DIC_D11-025.pdf

“El ejercicio del derecho de acceso previsto en el artículo 15 de la LOPD incluye el derecho a conocer el número de accesos que se han producido a los datos de carácter personal de su titular, así como la finalidad del tratamiento que se está realizando”.

Para finalizar me gustaría traer a colación por su relación con la sentencia objeto de comentario, así como por su importancia en la medida que constituye un proyecto verdaderamente interesante, una de las líneas de trabajo recogidas en la Orden SAN/238/2017, de 14 de febrero, por la que se aprueba el Plan de Inspección de Servicios Sanitarios para el periodo 2017-2019, que el lector podrá consultar en la sección de normativa del presente Boletín:

“La verificación de la correcta utilización de las historias clínicas informatizadas, mediante la realización de auditorías que comprueben el acceso a las mismas únicamente del personal autorizado para ello y su uso exclusivo en el marco de sus competencias profesionales”.

- Improcedente petición a la entidad aseguradora de entrega de copia de historia clínica.

STS núm. 2216/2016 de 11 octubre.

La recurrente solicita, al amparo de la petición realizada a la entidad aseguradora con la que tiene suscrito contrato de seguro de enfermedad para que le haga entrega de una copia de la póliza, que le facilite asimismo copia de su historia clínica.

La Sala desestima la pretensión de la recurrente pues *“no siendo la entidad a que se requirió la documentación que constituye el objeto del derecho invocado en el recurso un centro sanitario ni haber prestado asistencia alguna de esa naturaleza, difícilmente puede estimarse vulnerados los preceptos de la mencionada Ley (se refiere a la Ley 41/2002) cuando no consta, ni es previsible, que la aseguradora, que no tiene esa condición sanitaria, pueda tener historia clínica de la que exigirle la entrega de documento alguno. Porque como se razona en la sentencia (JUR 2014, 247120) de instancia, la mencionada historia, conforme al ya mencionado artículo 3 de la Ley de 2002, la constituye " el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial" ; y esa vinculación de esos documentos al referido proceso asistencial es indudable que no incluye, y así lo consideró la Sala de instancia, la referida póliza de seguros.*

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

V- DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

- **No subrogación del Servicio Murciano de Salud en relación laboral preexistente de un profesional contratado por el Ayuntamiento para la prestación de servicios en centro sanitario.**

STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2016 nº rec 207/2015.

La demandante venía prestando servicios de auxiliar administrativo en virtud de un contrato laboral con la Asociación de vecinos y Ayuntamiento Cartagena en un centro sanitario. Alega que el Servicio Murciano de Salud incumplió su obligación de subrogación recogida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que en lugar de subrogarse en el contrato que tenía la trabajadora, optó por convertir dicho contrato laboral en un nombramiento de personal estatutario eventual.

La Sala desestima el recurso, pues no resulta aplicable el Estatuto de los Trabajadores: *“la naturaleza de la relación jurídica, que es estatutaria, impide que pueda estimarse el recurso, ya que además, el examen de cualquier posible patología jurídica de aquella relación le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

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

- **Plazo de prescripción de infracción disciplinaria del personal laboral de la Administración Pública. No rige la legislación laboral.**

STS, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2016 nº rec 2501/2014.

La cuestión que se plantea es si un trabajador por cuenta ajena que ostenta la condición de empleado público, se le debe aplicar el plazo de prescripción de faltas disciplinarias recogido en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores, o bien el plazo más largo preceptuado en el artículo 97 del Estatuto Básico del Empleado Público.

El Tribunal considera que el plazo de prescripción aplicable es el establecido en el EBEP. En la regulación del régimen disciplinario de los distintos empleados públicos, la aplicación imperativa y preferente del EBEP respecto al personal laboral se establece claramente en el artículo 93 apartados primero y cuarto, que relega a un carácter subsidiario la aplicación de la legislación laboral respecto de lo no previsto en dicho Título normativo dedicado al régimen disciplinario; precisamente la prescripción en las faltas disciplinarias está expresamente prevista y regulada en el artículo 97 del EBEP, a diferencia, por ejemplo, de la definición de las faltas muy graves y graves donde el legislador sí permite que se adicione las establecidas por los Convenios Colectivos para el caso del personal laboral.

Esta cuestión ya fue resuelta por la STS de 23 de mayo de 2013, en la que se afirmaba la inexistencia en el EBEP de remisión alguna a la legislación laboral, sin que quepa entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas en dicho texto legal resulte incompleta.

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

VI- PROFESIONES Y PROFESIONALES SANITARIAS.

- **Titulación y cualificación profesional de conductores de ambulancias.**

STS de 23 de septiembre de 2016 nº de rec 254/2014.

No resulta contrario a Derecho la disposición recogida en el RD 22/2014 por el que se modifica el RD 836/2012, que estableció las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera. En concreto, es objeto de impugnación la cualificación profesional que se reconoce al personal voluntario que desempeñe las funciones de conductor o de conductor en funciones de ayudante en las ambulancias destinadas a prestar servicios de transporte sanitario de la Cruz Roja o de otras entidades cuyas actividad principal sea la prestación de servicios de asistencia sanitaria con una finalidad humanitaria. Se cuestiona que este personal pueda asumir esas funciones bastándole tan solo con estar en posesión del certificado de profesionalidad de transporte sanitario, y no el título de formación profesional de técnico de emergencias sanitarias.

Según el TS, el titular de la potestad reglamentaria no partía de la idea de que un nivel de formación inferior al proporcionado por tal título comportara un riesgo real para la calidad mínima de la prestación sanitaria. Es así porque, de existir tal riesgo, no habría permitido que los trabajadores sin ese título pudieran permanecer en sus puestos de trabajo desarrollando las mismas funciones de conductor o de ayudante de conductor en ambulancias asistenciales. La formación adquirida por quien obtiene aquel certificado de profesionalidad de transporte sanitario no se presenta como inidónea o insuficiente para garantizar la calidad mínima de la asistencia técnico-sanitaria en ruta que deben proporcionar las ambulancias asistenciales.

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

- **Informe psiquiátrico y vulneración del derecho al honor del ex marido de la paciente.**

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 575/2016 de 30 Sep. 2016, Rec. 2254/2014

El recurrente plantea una posible vulneración en su derecho al honor por la emisión de un informe médico por parte del psiquiatra de su ex mujer en el que se le atribuye al interesado una enfermedad o trastorno psíquico. Tanto la sentencia de instancia como la sentencia de la Audiencia Provincial, consideran que la emisión de ese diagnóstico por parte del profesional médico se hizo sin intención ultrajante, y se trataría de una información médica relevante, cualquiera que fuera su grado de exactitud. Dicho informe médico fue entregado a su ex pareja, que por aquél entonces se encontraba incurso en trámites de separación y divorcio. Dicho diagnóstico- celotipia- estaba basado en la información que fue aportada por la esposa, no a partir de una exploración médica del recurrente.

Este último dato es el que tiene en cuenta la Sala para estimar el recurso, de modo que no estaríamos ante lo que sería el ámbito propio de la libre expresión, sino ante una valoración médica subjetiva respecto de una persona que no era su paciente, y a partir de las manifestaciones realizadas únicamente por su ex pareja con la que se encontraba en trámite de separación. Por tanto, lejos de estar ante un informe pericial, estaríamos ante un informe de complacencia, que se pone en manos de la esposa para ser utilizado en contra del ahora recurrente como sujeto supuestamente afectado por un trastorno celotípico, que es uno de los rasgos característicos de los maltratadores.

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

- **La acreditación de la formación continuada de la enfermería no puede delegarse por el Consejo General de Enfermería en uno de los Colegios Provinciales de Enfermería.**

STSJ de Galicia de 21 de abril de 2016, nº 250.

La delegación de competencias en materia de acreditación de la formación continuada por parte de la Consejería de Sanidad a favor del Consejo General de Enfermería de España, no reúne las exigencias de independencia exigidas por la LOPS. La Sentencia estima el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Enfermería de Pontevedra, y considera que la independencia del Consejo General respecto de los Colegios Provinciales de Enfermería a efectos de cumplir el requisito que exige el artículo 35.4 de la LOPS para poder realizar la acreditación de esa formación, no resulta de lo establecido en los Estatutos aprobados por el RD 1231/2001. El Consejo General y los colegios provinciales, aunque en muchos aspectos tengan un funcionamiento autónomo, integran una misma organización colegial profesional, y en materia de formación continuada, en cuanto se refiere al ejercicio profesional más estricto, existe una comunidad de intereses que no resulta compatible con la referida independencia, por lo que se infringe mencionado precepto legal.

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

VII- PRESTACIONES SANITARIAS.

- **LA FACTURACIÓN POR LOS SERVICIOS DE SALUD A INSTITUCIONES PENITENCIARIAS DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA A LOS RECLUSOS:**

1º.- El Servicio de Salud debe facturar la asistencia sanitaria prestada a la población reclusa con independencia de si ostentan o no la condición de beneficiarios del SNS.

SJC-A nº 3 de Palma de 13 de marzo de 2017, nº 72/2017

La Sentencia declara que el coste de la asistencia sanitaria prestada por el Ibsalut a internos de IIPP deber ser asumida por el Ministerio, no por la Administración sanitaria. Se discute si en el caso de la asistencia sanitaria de todo orden que se preste a los internos que tengan la condición de beneficiarios del Sistema Nacional de Salud debe ser sufragado por dicho Sistema Nacional de Salud. La parte recurrente (Abogacía del Estado), considera que tan solo debe asumir el coste de la asistencia sanitaria prestada

a los internos que no tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita por no ostentar la condición de asegurado/beneficiario del SNS. En este caso, al igual que sucede en CLM, Baleares no tiene suscrito convenio alguno que permita cubrir este aspecto. Sin embargo sí que había un convenio firmado entre el Insalud y el centro penitenciario en cuestión, convenio que seguía vigente y que establecía que las cargas económicas derivadas de la atención sanitaria corresponderían a Instituciones Penitenciarias.

En todo caso la sentencia deja claro que, al margen de que hubiera un convenio de la época del Insalud, a la vista tanto de la jurisprudencia (STSJ de Castilla y León nº 1455/2015, de 30 de junio) y la normativa sectorial de IIPP (artículos 207, 208 y 209 del Reglamento penitenciario), *“en los casos de asistencia sanitaria prestada a internos no es el Sistema Nacional de Salud el que debe afrontar los gastos sino que la asistencia debe prestarse a cargo del presupuesto de la Administración Penitenciaria”*.

2º.- La inexistencia de convenio entre el servicio de salud e IIPP no es obstáculo para que se facture la asistencia sanitaria a la AGE: recobra su vigencia el convenio suscrito por el desaparecido Insalud.

TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, S 30-9-2016, nº 451/2016, rec. 424/2015

En la medida en que se realice un nuevo convenio sigue vigente el viejo entre el Insalud y IIPP y como tal, la facturación de las prestaciones sanitarias se realiza por los centros hospitalarios dependientes de la Gerencia regional de salud conforme a las previsiones contenidas en el mismo, de acuerdo con lo previsto en el art. 2.7 del Real Decreto 1030/2006 (EDL 2006/252715), siendo así que la obligación que corresponde a Instituciones penitenciarias de financiar las prestaciones sanitarias a los reclusos deriva de la competencia del Estado en esta materia. No resultaría admisible una interpretación del art. 207. 2 del Reglamento penitenciario, según la cual, han de descontarse los internos que estén cubiertos por la Seguridad Social o que tengan derecho a asistencia sanitaria gratuita, pues así se desprende de la propia redacción del precepto, que exige que la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria se efectúa, de un parte, *“mediante el pago de la parte proporcional”*, según la población reclusa, de los *“créditos fijados para estas atenciones”*, y de otra, que para ese cálculo se tenga en cuenta el *“número de internos que estén afiliados a la seguridad social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita”*.

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

- **Inexistente responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Reclamación por las cantidades abonadas para cubrir la asistencia sanitaria hasta la aprobación del RD 1192/2012.**

STS, Sala Tercera, 2064/2016 de 26 Sep. 2016

El demandante basa su pretensión resarcitoria de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su inactividad normativa, para lo que invoca el art. 139.3 de la Ley 30/1992. La inactividad habría consistido en que, como abogado libre, hasta que no se dictó el RD 1192/2012, no habría tenido la condición de asegurado a efectos de la asistencia sanitaria con cargo a la financiación pública.

Según el recurrente al no preverse la asistencia sanitaria como prestación de la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía, gracias a que era funcionario en excedencia pudo darse de alta como mutualista voluntario de MUFACE, pagando cuotas para contar él y su familia con esa prestación. Entiende que tal inactividad finalizó con el RD 1192/2012, lo que llevaría al supuesto de responsabilidad por inactividad no del Estado legislador sino de la Administración

Es jurisprudencia de esta Sala la que distingue entre habilitación para el ejercicio de la potestad reglamentaria y obligación de desarrollo reglamentario. Según la misma « *para que exista el deber jurídico de dictar la norma reglamentaria, cuyo incumplimiento permite la imputación objetiva de la lesión al comportamiento omisivo, es necesario que la Ley o Directiva a desarrollar, ejecutar o trasponer establezca expresamente dicho deber o que el silencio del Reglamento determine la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico* » (cf. sentencias de esta Sala y Sección de 1 de junio de 2012 y de 5 de diciembre de 2013 , recursos de casación 2491/2010 y 5886/2009).

Por lo que respecta a la antijuridicidad, el efecto lesivo se concretaría en que por razón de ese retraso hasta 2012 no se han hecho realidad para él los principios de universalidad en el acceso a la asistencia sanitaria y de financiación pública de la misma, con el daño concretado en tener que procurársela contra su propio patrimonio. Por este motivo reclama al menos lo pagado por las cuotas devengadas desde el 1 de enero de 1999, esto es, desde que se introdujo la financiación de la asistencia sanitaria con cargo a impuestos.

Según la Sala su planteamiento llevaría, por ejemplo, a que todos los asalariados que han sido cotizantes de la Seguridad Social estarían en condiciones de reclamar aquella parte de sus cuotas que durante años se destinaba a financiar la asistencia sanitaria como prestación. Lo que se reputa como efecto antijurídico y lesivo, es más bien lo que se ha dado en llamar carga de la vida social que hace que lo que se tiene por daño resarcible sea una situación que llama a la soportabilidad. La financiación de la asistencia sanitaria por medio de los presupuestos del Estado y no con cargo a cuotas, no se instauró para dar cumplimiento a un mandato normativo previo: deriva de una legítima opción encaminada a la progresiva clarificación del régimen de financiación de la Seguridad Social y que arranca con la Ley de Sanidad ya citada que contempla el derecho a la salud y a la atención sanitaria sobre el concepto de ciudadano y no de afiliado a la Seguridad Social.

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

VIII- REINTEGRO DE GASTOS.

- **Libertad religiosa versus asistencia sanitaria. No reintegro de gastos a paciente Testigo de Jehová. La atención solicitada no era urgente, y el paciente rehusó voluntariamente someterse a la intervención ofrecida por la sanidad pública.**

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 19 de enero, nº 209/2016, nº rec 4698/2015.

La demandante, ante la denegación del reintegro de gastos médicos y sanitarios por importe de 36.000 euros en concepto de intervención quirúrgica practicada en clínica privada, interpone ahora recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social, que confirma la resolución del Servicio Catalán de Salud.

El Juzgado declara ajustada a derecho la Resolución administrativa debido a que a) no hubo denegación de asistencia sanitaria, y b) no se trataba de asistencia urgente. Fue la paciente quien rehusó someterse a la intervención quirúrgica en el hospital de la Red pública, por razón de que se precisaba transfusión de sangre, lo cual es contrario a sus creencias religiosas. Además, el citado hospital la habilitó para acudir a otro centro de la Red pública hospitalaria. Y, en segundo lugar, la sentencia recurrida considera que no concurre urgencia por riesgo vital, como exige el art.4.3 del RD 1030/06, porque la intervención era preferente, como lo suelen ser las oncológicas, pero no urgente.

La jurisprudencia del TS establece que deviene claro que el afiliado puede optar entre la medicina pública y privada e incluso negarse al tratamiento prescrito por los facultativos de los centros de sanidad públicos solicitando el alta voluntaria, pero también que las Administraciones Públicas no abonarán los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios distintos de aquellos que correspondan al beneficiario. Los motivos religiosos argüidos son respetables e, incluso, objeto de protección, pero no dan derecho a una prestación positiva o que garantice una diferencia de trato, pues la opción por la medicina privada no debe ser sufragada por la Cartera de servicios públicos.

El Estado no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las creencias religiosas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista general. Por lo que, ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan de la libertad han de ser asumidas por quien ejerce la misma, sin poder imponer al Estado, a través de fondos públicos, la financiación de la misma.

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

IX- RESPONSABILIDAD SANITARIA.

- **Tratamiento de fertilidad. La negativa a recibir tratamiento de fertilidad no constituye daño moral indemnizable.**

SJC-A nº 1 de Guadalajara, nº 447/2016, de 16 de diciembre.

Durante el intervalo en que la doctora asignada a la pareja no estuvo al cargo del caso clínico, su sustituto consideró viable la dispensación del tratamiento de fertilidad. Sin embargo retomado nuevamente por la doctora en cuestión, ésta discrepó del criterio del doctor sustituto, abordándose en sesión clínica por los tres facultativos responsables de la consulta de fertilidad, concluyendo los especialistas que *“ante su diagnóstico de baja reserva ovárica, no era candidata a técnicas de reproducción asistida en base al protocolo del SESCAM”*.

Lo único que tenían eran meras expectativas, mayores en unos momentos que en otros, pero no cristalizadas en derecho subjetivo articulable frente al SESCAM, y ello no se erige en un daño con los caracteres exigidos legalmente para hacer surgir la obligación de indemnización a cargo de la Administración, ni siquiera por la invocada doctrina de la pérdida de oportunidad.

- **La falta de homologación del título de especialista del médico que realizó la intervención quirúrgica no influye en la determinación de la posible responsabilidad de la Administración.**

STSJ de Castilla-La Mancha 00436/2016. Recurso de Apelación núm. 377/2015.

La falta de homologación del título de especialista del médico que realizó la intervención quirúrgica no influye en la determinación de la posible responsabilidad de la Administración.

La Sala comparte el criterio de la representación letrada de la JCCM de considerar que la ausencia de homologación de la titulación no determina por sí sola el nacimiento de la obligación de indemnizar, si no va acompañada de la acreditación de una falta de pericia. En este caso la recurrente a consecuencia de las lesiones sufridas en el tracto urinario fue declarada en situación de incapacidad permanente.

Según refiere la Sentencia *“Por otro lado, procede confirmar la argumentación de la sentencia, cuando reconoce que a la vista de la documentación obrante el facultativo obtuvo credencial de homologación de su título de Médico Cirujano al título de licenciado en Medicina y que intereso el reconocimiento de efectos profesionales al título de médico especialista en anestesiología y reanimación. La propia inspección dictamina que el Dr. es especialista en Anestesiología y Reanimación desde agosto de 10986 por la Universidad de Antioquía (Colombia) con ejercicio profesional posterior a la obtención del título por un tiempo superior al doble de la diferencia de duración entre los programas formativos de ese país y España. Sin embargo, dicha falta de homologación del título de médico especialista de anestesiología y reanimación no supone per se una infracción de la lex artis, en tanto en cuanto no se ha acreditado que su actuación médica hubiera sido incorrecta (salvo en materia de consentimiento informado), cuando dispone de los conocimientos y la experiencia de haber trabajado como anestesista con anterioridad y tampoco se ha acreditado que su formación*

hubiera experimentado cambio sustancial entre la operación y el momento en el que obtuvo la homologación.

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

- **Asistencia sanitaria por prestación de servicios en centro sanitario privado concertado.**

SJC-A nº 2 Albacete, de 12 de mayo de 2016, nº 73.

En el presente caso se trata de determinar si resulta imputable a la Administración la responsabilidad sanitaria o si bien quedaría fuera de su ámbito de actuación en virtud de los convenios administrativos, y lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Para analizar la cuestión relativa a la posibilidad de exigir judicialmente responsabilidad patrimonial tanto frente a la Administración como frente a los centros concertados, la sentencia se sirve del Dictamen 194/06 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; según este órgano consultivo, en este tipo de situaciones resulta procedente que el órgano administrativo facultado para resolver sobre la reclamación, emita un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad producida en el que se señale que ésta recae sobre el contratista o entidad suscriptora del concierto.

Este criterio contrasta con el sostenido por el Consejo Consultivo de Castilla y León que considera plenamente aplicable en estos casos la normativa del sector público en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria en centros sanitarios concertados.

Desde el punto de vista de los Tribunales, la STS de 23 de abril de 2008 señala que *“ello no obsta para considerar que este centro, en cuanto concertado con la Administración, actúa por cuenta y encargo de la misma, en calidad de agente suyo, y a los efectos de la reclamación por responsabilidad ha de entenderse que es la Administración misma.”* Este mismo criterio se comparte en la STSJ de CLM de 22 de abril de 2009 y en la más reciente STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2016. En dicha sentencia se afirma que en caso de que la Administración omita su deber o carga legal de declarar la responsabilidad propia o del ente concertado (será equivalente también a resolución presunta la respuesta de la Administración que eluda pronunciarse sobre si existe responsabilidad en el contratista, refugiándose en respuestas vagas y elusivas), el particular puede acudir a la jurisdicción contenciosa, pudiendo tener lugar una doble situación:

1º.- Que la demanda se limite a ejercer la pretensión de condena frente a la Administración, caso en que ésta podrá ser condenada en solitario tanto si se acredita su implicación efectiva como si se acredita que la responsabilidad inmediata y directa sea exclusivamente del ente concertado.

2º.- Que la demanda ejerza la pretensión de condena de forma alternativa frente a la Administración y al ente concertado, de manera que si se acredita la exclusiva responsabilidad del ente concertado la sentencia deberá condenar solamente a la entidad concertada.

Cuestión distinta es la carga de la Administración tan pronto recibe una reclamación en relación con una actuación en un centro concertado, de proceder a brindarle audiencia o alegaciones, extremo que puede ser relevante a efectos de que se cuestione la prescripción de la acción frente al centro concertado, y cuyo incumplimiento supondrá que las consecuencias derivadas de la falta de diligencia en la tramitación de la reclamación deba asumirlas la Administración sanitaria. En este sentido véase la STS de 30 de noviembre de 2010. En definitiva, se condena a la Administración sanitaria que dio la llamada por respuesta a la reclamación, conforme a los concretos términos del suplico de la demanda, con independencia de que la asistencia médica deficiente se hubiese realizado en el centro privado concertado al que el Servicio Público de Salud remitió el paciente.

En el caso de la sentencia el Servicio de Salud no tramitó correctamente la reclamación de responsabilidad, y además hubo una segunda intervención quirúrgica que sí tuvo lugar en la sanidad pública. El reclamante tenía que haber sido operado de su pierna derecha pero acabó siendo intervenido quirúrgicamente en la clínica privada convenida con la Administración, donde se cometió un error patente e injustificable. Posteriormente fue atendido de urgencias en el hospital de Albacete donde tampoco se percataron del error en la intervención quirúrgica cuando la sintomatología del paciente, tras constantes infecciones no curadas, la existencia de úlceras y la tórpida evolución, eran signos externos que evidenciaban que estaba empeorando de forma ostensible.

Por todo lo anterior se condenó de forma solidaria a la Administración y a la clínica concertada.

X- MEDICAMENTOS.

- **Prescripción, adquisición, dispensación y sustitución de productos farmacéuticos.**

Instrucción aprobada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias con objeto de dar cumplimiento a la medida cautelar dictada por el TSJ de Madrid en su auto 17/2007 en la que suspenden varios artículos de la Instrucción 1/2016 sobre prescripción, adquisición, dispensación y sustitución de productos farmacéuticos.

Texto completo: institucionpenitenciaria.es

XI- DISCAPACIDAD.

- Informe publicado por el Defensor del Pueblo sobre personas con discapacidad correspondiente al año 2016.

El Defensor del Pueblo en su Informe anual, destaca las principales cuestiones que afectan a la calidad de la asistencia sanitaria que precisan las personas con discapacidad:

- a) Urgencias hospitalarias. Se constata la adopción de medidas por parte de la Consejería de Sanidad de Murcia dirigidas al establecimiento de protocolos específicos para la atención preferente de personas con discapacidad, grandes dependientes, niños, mujeres embarazadas y víctimas de violencia de género (15000966).
- b) Seguridad de Paciente. Se analiza la situación médica de un paciente requería periódicamente el cambio de una sonda vesical. Ello motivó repetidos desplazamientos al servicio de urgencias del Hospital General de Segovia, por no ser asumido dicho cambio por el personal de enfermería del centro de salud de un municipio de esa provincia, pese a que la indicación médica era que la derivación a urgencias solo procedería en circunstancias excepcionales dado el cuidado especial que se requiere para evitar infecciones en la vía urinaria.
- c) Salud mental. El Defensor del Pueblo ha reclamado desde hace tiempo, en línea con la doctrina constitucional y el consenso científico, la necesidad de abordar una regulación integral y con el suficiente rango legal de los procedimientos para la adopción de medidas coercitivas sobre los pacientes de salud mental y otras situaciones de pérdida de la capacidad volitiva, que garantice el pleno respeto a los derechos fundamentales de los afectados sin merma de la calidad asistencial que reciben (16009391, 16012883).
- d) Prestación farmacéutica: se demanda que la Ley disponga el órgano competente y las características básicas de procedimiento para concretar la modalidad de copago farmacéutico asignada a cada paciente con discapacidad. Solo de esta manera quedarán garantizados los derechos de los usuarios en su esfera personal y patrimonial, definiendo claramente además las vías de impugnación de los actos y, con ello, el eventual control jurisdiccional de la actuación administrativa, como ocurre para el resto de prestaciones sociales y de Seguridad Social.

Texto completo: defensordelpueblo.es

- **Instrucción 1/2017, sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.**

La Instrucción de la FGE insta a los fiscales a valorar el contenido de las apariciones de niños y niñas con discapacidad en los medios de comunicación audiovisual partiendo de la protección reforzada que se les ha de dispensar. Se consideran contenidos intolerables que justificaría el ejercicio de acciones judiciales por parte del Fiscal, los actos de intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de cualquier persona menor de edad, así como los actos de discriminación en el tenor de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Texto completo: fiscal.es

6.- BIBLIOGRAFÍA Y FORMACIÓN.

I.- Bibliografía

- La materia biológica como invención patentable.

María Mercedes Curto Polo
Editorial: Editorial Aranzadi
ISBN13:9788491521372.

Más información: marcialpons.es

- Una perspectiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria. Las negligencias médicas y el consentimiento informado en el Derecho español y norteamericano.

Viguri Perea, Agustín
Editorial Aranzadi.

Más información: marcialpons.es

II.- Formación

I. DERECHO SANITARIO

- XXVI Congreso “Derecho y Salud”: “*Derecho sanitario y ciudadanía europea: los retos*”. Asociación de Juristas de la Salud.

Palma, días 7,8 y 9 de junio de 2017

Más información: www.ajs.es

- Seguridad del Paciente. Una Mirada desde el Derecho Sanitario. Dirección General de Calidad y Humanización de la Asistencia Sanitaria. Consejería de Sanidad de Castilla-La Mancha.

3 de mayo 2017. Salón de actos de la Consejería de Sanidad. Avda. de Francia, 4. Toledo.

ORGANIZA: Dirección General de Calidad y Humanización de la Asistencia Sanitaria. Consejería de Sanidad de Castilla-La Mancha.

COLABORA: Gerencia de Coordinación e Inspección del SESCAM.

Más información: sescam.castillalamancha.es

- **IV Congreso Internacional sobre los derechos de la personalidad: derechos de la personalidad y responsabilidad civil en el ámbito sanitario.**

25 de Abril de 2017. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

Más información: www.icav.es

- **Diploma de especialización en Derecho Sanitario y Bioética (VII edición).**

On-line. Desde 23/10/2017 hasta 22/11/2017.

Más información: sigade.isciii.es

- **Diploma de especialización en Derecho para directivos sanitarios. Gestionando las variables jurídicas en las organizaciones sanitarias.**

(on-line). Desde 02/10/2017 hasta 20/11/2017.

Más información: sigade.isciii.es

- **Curso de Responsabilidad Jurídica del Directivo Sanitario.**

(on-line). Desde 08/05/2017 hasta 29/05/2017

Más información: sigade.isciii.es

- **XXIV Congreso Internacional sobre Derecho y Genoma Humano.**

Martes 9 de Mayo de 2017 Universidad del País Vasco UPV/EHU

Más información: bioderecho.wordpress.com

II.- INFORMÁTICA DE LA SALUD

- **VII Reunión del Foro de Interoperabilidad en Salud.**

tendrá lugar los días 26 y 27 de abril de 2017 en el Edificio Hospital Clínico del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca.

Madrid, 21,22 y 23 de marzo.

Más información: www.seis.es

-NOTICIAS-

- **La familia de la mujer de 64 años que ha dado a luz gemelos pidió al juez que la incapacitara para impedirlo.**

La familia de Mauricia I.A., la burgalesa que acaba de dar a luz a gemelos a los 64 años y a la que se le retiró la custodia de otra niña que tuvo a los 58, intentó por todos los medios que los embarazos no se llevaran a cabo.

Fuente: elmundo.es

- **Francia aprueba una ley que prohíbe las páginas web antiabortistas.**

Los diputados franceses han aprobado este jueves de forma definitiva la ley que prohíbe las páginas de internet que ofrezcan informaciones falsas o sesgadas sobre el aborto. Un proyecto muy criticado por la oposición conservadora, por los movimientos antiabortistas y por la Iglesia Católica.

Fuente: eldiario.es

- **Seis errores de los médicos, al intercambiar información personal en Internet.**

Fuente: azpressnews.blogspot.com.es

- **El CatSalut se adaptará a la gestión sanitaria europea y priorizará la economía social.**

La Conselleria de Salut de la Generalitat ha iniciado el proceso legal para adaptar la gestión de la asistencia sanitaria a normativas europeas obligatorias que dan especial importancia a garantizar la calidad, la accesibilidad y la continuidad en los servicios a personas y contemplan que determinados servicios solo los presten entidades de economía social y sin ánimo de lucro.

Fuente: cuatro.com

- **La ley de muerte digna valenciana otorga al paciente el derecho a rechazar tratamientos.**

El borrador del anteproyecto de ley obliga a los médicos a no prolongar la vida de los pacientes cuando no hay posibilidades reales de mejora.

Fuente: eldiario.es

- **Texas estudia una ley que permite a los médicos ocultar malformaciones fetales a las embarazadas.**

Sus detractores denuncian que el objetivo es impedir que las mujeres tomen la decisión de abortar tras conocer esos datos.

Fuente: elpais.com

- **El debate sin fin del copago sanitario.**

El posible ajuste al alza de las aportaciones de los pacientes reaviva cuestiones pendientes del sistema español, que es uno de los más generosos de Europa.

Fuente: lavanguardia.com

- **La seguridad del paciente, a debate en el Ramón y Cajal.**

La preocupación por la salud y la seguridad del paciente es más antigua que la propia medicina, y las relaciones entre pacientes y médicos han sufrido una gran transformación en la última década. Estas y otras cuestiones se debatieron en unas jornadas celebradas en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid que reunieron a más de 400 expertos para hablar de calidad y seguridad de la asistencia médica

Fuente: efesalud.es

- ***"No podemos hablar de debate de eutanasia mientras no haya cuidados paliativos integrales".***

Andalucía, cuya ley de muerte digna acaba de cumplir siete años, es la segunda comunidad en número de voluntades vitales, solo por detrás de Cataluña.

Fuente: eldiario.es

- **La Generalitat valenciana inicia la reversión de la sanidad privatizada.**

El Gobierno de Puig comunica a Ribera Salud que ya no puede tomar decisiones de forma autónoma

Fuente: elpais.com

- **Privacidad de datos y revolución sanitaria, ¿compatibles?.**

La tecnología está revolucionando el sector sanitario mediante el uso de soluciones de realidad virtual, inteligencia artificial y Big Data.

Fuente: expansion.com

- **Piden 5 años a médico que compró viagra con tarjeta sanitaria de su tío muerto.**

Fuente: elmundo.es

-BIOETICA Y SANIDAD-

1- CUESTIONES DE INTERES

- **Etica de la alimentación y la hidratación al final de la vida. Documento elaborado por el Grupo de Trabajo “Atención Médica al final de la vida”. Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos. Octubre 2016.**

El documento aborda los frecuentes problemas relacionados con la alimentación al final de la vida, las cuestiones éticas y legales que se suscitan en estos momentos tan críticos. Especial atención merece:

- 1.- La consideración tanto de la nutrición por vía enteral o parenteral así como la hidratación parenteral como tratamientos médicos, y no como cuidados humanos básicos.
- 2.- La importancia de una planificación anticipada de la atención. La decisión de iniciar los tratamientos y los criterios de retirada deben ser compartidos entre el equipo asistencial, el paciente y sus familiares.
- 3.- La hidratación en la fase final, sin que hasta la fecha existe evidencia científica que permita justificar la hidratación parenteral en todos los pacientes en los últimos días.
- 4.- El rechazo a la ingesta de un paciente con demencia avanzada. Las sondas de alimentación en estos casos suelen producir graves efectos secundarios, y en muchos casos conllevan la utilización de medidas de contención física. En estos casos *“el desconocimiento del balance beneficio/riesgo y las presiones familiares que generalmente se deben a la insuficiente información previa sobre la probable aparición de estas complicaciones a medida que la enfermedad avanza, son las principales causas de la colocación de sondas de alimentación con demencia.”*.

Más información: infocuidadospaliativos.com

- **Algunas consideraciones sobre la transferencia mitocondrial: ¿un nuevo problema para la bioética? Iñigo De Miguel Beriain, Elena Atienza Macías Emilio José Armaza Armaza.**

En la actualidad se consideran dos métodos principales para llevar a cabo reemplazo mitocondrial. En el primero de ellos, conocido como transferencia de pronúcleos, se fecundan en paralelo, un óvulo de la madre portadora de mutaciones en el ADN mitocondrial y un óvulo de la donante con ADN mitocondrial normal con esperma del padre. Tras la fecundación, el núcleo de cada óvulo se fusiona con el núcleo del espermatozoide, formando un pronúcleo. A continuación, se elimina el pronúcleo generado en lo que era el óvulo de la donante y se le introduce el pronúcleo de la célula de la madre.

La transferencia de pronúcleos requiere de la generación y destrucción de dos embriones para obtener uno diferente. El otro método, conocido como transferencia del huso meiótico. En este caso, se parte de óvulos no fecundados de la madre y la donante. Se extrae el huso meiótico, con el material hereditario nuclear del óvulo de la donante y se inserta el correspondiente del óvulo de la madre, de forma que el óvulo resultante tiene las mitocondrias sanas de la donante y el material nuclear de la madre.

El artículo analiza una por una las principales objeciones que se han formulado al uso de esta técnica tales como la destrucción de embriones humanos o si estamos ante una forma de clonación. Hasta el momento presente únicamente ha sido empleada en el Reino Unido.

Más información: www.scielo.cl

- **Documento sobre bioética y edición genómica en humanos. Observatorio de Bioética y Derecho.**

El Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho trata en este documento de especificar los objetivos admisibles en la edición genómica aplicable a los seres humanos, apostando por el principio de precaución y la estrategia del «caso por caso» y «paso a paso».

Más información: www.publicacions.ub.edu

- **Documento sobre envejecimiento y vulnerabilidad. Observatorio y Derecho. Noviembre de 2016.**

El Documento analiza la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los ancianos cuando son atendidos en un servicio sanitario y la adopción de medidas paternalistas por parte de la familia y los cuidadores. A tal efecto formulan una serie de recomendaciones entre las que cabría destacar:

- 1.- Respetar la voluntad y las preferencias de las personas mayores en la toma de decisiones que les competen.
- 2.- Promover la toma de decisiones anticipadas de los ciudadanos sobre la forma de vida que desean para sus últimos años cuando aún son autónomos, para cuando acaezca la fragilidad y vulnerabilidad que el proceso de envejecimiento conlleva de forma inexorable, antes o después.
- 3.- Promover, paralelamente, la adopción de documentos de voluntades anticipadas para establecer qué tratamientos desea cada uno recibir, o no, y en qué condiciones, así como reforzar la información sobre el resto de los instrumentos de autoprotección legalmente existentes
- 4.- Adoptar medidas preventivas y mecanismos de protección y de garantía de los derechos de las personas mayores.

Más información: www.publicacions.ub.edu

- **Tecnología sanitaria. Conectando con la vida. El reto es el paciente.**

Más información: rtve.es

2-FORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.

I.- Bibliografía

BIOÉTICA

- Bioética: el pluralismo de la fundamentación.

Jorge José Ferrer Negrón
Editorial: Universidad Pontificia Comillas Madrid.

Más información: www.libros.so

DISCAPACIDAD

- Por un espacio socio-sanitario inclusivo informe CERMIN.

Editorial: Ediciones Cinca
ISBN13:9788416668243

Más información: www.cermi.es

II.- Formación

BIOÉTICA

- Curso de Humanización en la Atención Sanitaria.

(on-line) Desde 06/11/2017 hasta 27/11/2017

Más información: sigade.isciii.es

- La UCLM y Farmamundi organizan en Toledo un ciclo de cine documental sobre salud y derechos.

Más información: www.uclm.es

- Curso de formación para formadores en Bioética. Fundación de Ciencias de la Salud.

18-22 septiembre 2017.

Más información: quodem.com

- **Perspectivas actuales en Bioética. Universidad de Verano de Teruel.**

3 y 4 de julio.

Más información: fantoniogargallo.unizar.es/curso