



SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA

BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA.

Nº 198 FEBRERO 2022.
Editado por la Secretaría General del Sescam.
ISSN 2445-3994.
Revista incluida en Latindex.

asesoria.juridica@sescam.jccm.es

EQUIPO EDITORIAL:

D. Vicente Lomas Hernández.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam.

D. Alberto Cuadrado Gómez.
Dña. M^a Teresa Colmenar Jimeno.
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.*

SUMARIO:

-DERECHO SANITARIO-

1.-LEGISLACIÓN.

I.-LEGISLACIÓN ESTATAL: 3

II.-LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 3

2.- TRIBUNA:

- LA DENEGACIÓN EN LA PROLONGACIÓN EN EL SERVICIO ACTIVO POR CAUSAS SUBJETIVAS.

Ángel García Millán.
Asesoría Jurídica.
GAI de Talavera

7

3.- SENTENCIA PARA DEBATE :

- FORMALIZACIÓN POR ESCRITO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CASOS DE REINTERVENCIÓN QUIRÚRGICA: STEDH DE 8 DE MARZO DE 2022.

12

4. DOCUMENTOS DE INTERÉS.

15

5.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

35

NOTICIAS-

- Selección de las principales noticias aparecidas en los medios de comunicación durante el mes de febrero de 2022 relacionadas con el Derecho Sanitario y/o Bioética.

35

-BIOÉTICA y SANIDAD

1.- CUESTIONES DE INTERÉS.

37

2.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

42

-DERECHO SANITARIO-

1-LEGISLACIÓN

I. LEGISLACIÓN ESTATAL.

- Real Decreto 115/2022, de 8 de febrero, por el que se modifica la obligatoriedad del uso de mascarillas durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[boe.es](https://www.boe.es)

II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

ANDALUCÍA.

- Orden de 28 de enero de 2022, por la que se actualiza el Anexo I del Decreto 156/2005, de 28 de junio, por el que se regula el Diagnóstico Genético Preimplantatorio en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y se crea la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción.

[boja.es](https://www.boja.es)

- Orden de 28 de enero de 2022, por la que se adecua, en los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud, la denominación de la categoría de Técnico/a Especialista en Logofoniatría, a la titulación exigida para su acceso, pasando a denominarse Logopeda y se establecen sus funciones y los criterios de acceso a la misma.

[boja.es](https://www.boja.es)

- Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se deja sin efectos la Resolución de 20 de septiembre de 2021, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para proporcionar los productos dietéticos (tratamientos dietoterápicos y nutrición enteral domiciliaria) a los usuarios del Servicio Andaluz de Salud, en el ámbito del sistema sanitario público de Andalucía. (BOJA 11/2022 de 18 de Enero de 2022)

[boja.es](https://www.boja.es)

VALENCIA.

- Acuerdo de 21 de enero de 2022, del Consell, de aprobación del Programa especial de productividad para la prestación de módulos adicionales de refuerzo en los equipos de Atención Primaria en 2022. (DOGV 9271/2022 de 4 de Febrero de 2022)

dogv.es

- Acuerdo de 21 de enero de 2022, del Consell, de aprobación del Programa especial de productividad para la prestación de módulos adicionales de refuerzo en centros hospitalarios en 2022. (DOGV 9271/2022 de 4 de Febrero de 2022)

dogv.es

MADRID

- Resolución de 25 de enero de 2022, de la Dirección General de Inspección y Ordenación Sanitaria, por la que se hace público el Plan de Inspección de Sanidad para el año 2022. (BOCM 33/2022 de 9 de Febrero de 2022)

bocm.es

CASTILLA LA MANCHA.

- Resolución de 02/02/2022, de la Dirección General de Planificación, Ordenación e Inspección Sanitaria, por la que se aprueba el Plan de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios de la Consejería de Sanidad para el año 2022. (DOCM 28/2022 de 10 de Febrero de 2022)

docm.es

NAVARRA.

- Decreto foral 3/2022, de 26 de enero, por el que se regulan los convenios singulares de vinculación en el ámbito sanitario y sociosanitario.

bon.es

ARAGÓN.

- Orden SAN/91/2022, de 10 de febrero, por la que se modifica el anexo de la Orden SAN/1221/2017, de 21 de julio, por la que se establecen los precios y tarifas máximas aplicables en la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos al sistema de salud de Aragón.

boa.es

CANTABRIA.

- Resolución por la que se dispone la publicación del Acuerdo entre el Ministerio de Sanidad y la Comunidad Autónoma de Cantabria para fijar las condiciones de la adquisición de vacunas de calendario y otras.

boc.es

PAÍS VASCO.

- Decreto 17/2022, de 1 de febrero, del Registro Vasco de Profesionales del ámbito sanitario (BOPV de 25 de febrero de 2022).

bopv.es

- Orden de 9 de febrero de 2022, de la Consejera de Salud, por la que se modifica la Orden de 4 de octubre de 2007, que crea el Consejo Asesor de Salud Mental en Euskadi.

bopv.es

EXTREMADURA.

- Resolución de 11 de febrero de 2022, de la Dirección General de Recursos Humanos y Asuntos Generales, por la que se convoca el procedimiento para la autorización del desempeño de puestos de trabajo en la modalidad de prestación del servicio no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, para el personal estatutario que desempeña sus funciones en los Servicios Centrales del Servicio Extremeño de Salud.

doe.es

- Resolución de 11 de febrero de 2022, del Director Gerente, por la que se modifica la Resolución de 25 de marzo de 2021, por la que se establece el procedimiento sobre el régimen de teletrabajo para el personal estatutario del Servicio Extremeño de Salud.

doe.es

ANDALUCÍA.

- Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se deja sin efectos la Resolución de 20 de septiembre de 2021, por la que se establece el procedimiento y las condiciones para proporcionar los productos dietéticos (tratamientos dietoterápicos y nutrición enteral domiciliaria) a los usuarios del Servicio Andaluz de Salud, en
-
-

-
- el ámbito del sistema sanitario público de Andalucía. (BOJA 11/2022 de 18 de Enero de 2022)

boja.es

LA RIOJA.

- Ley 2/2022, de 23 de febrero, de igualdad, reconocimiento a la identidad y expresión de género y derechos de las personas trans y sus familiares en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

bor.es

- Ley 1/2022, de 23 de febrero, de transformación de la organización sanitaria "Fundación Hospital Calahorra" en Fundación Pública Sanitaria, regulación de su régimen jurídico e integración en el Servicio Riojano de Salud como entidad dependiente

bor.es

MURCIA.

- Orden de 21 de febrero de 2022, de la Consejería de Salud relativa al calendario de vacunación 2022 para todas las edades de la vida de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como para grupos y situaciones de riesgo y para situaciones especiales.

borm.es

2.- TRIBUNA.

LA DENEGACIÓN EN LA PROLONGACIÓN EN EL SERVICIO ACTIVO POR CAUSAS SUBJETIVAS.

Ángel García Millán.
Asesoría Jurídica.
GAI de Talavera.

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé para este personal la posibilidad de solicitar voluntariamente prolongar la permanencia en el servicio activo hasta cumplir, como máximo los 70 años de edad. Para ello se han de cumplir las siguientes condiciones:

- A) Que quede acreditado que reúne la capacidad funcional para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. En donde, ante la falta de concreción, se plantea un primer interrogante: ¿Ha de entenderse que se hace referencia a la capacidad para atender el conjunto de funciones y tareas propias del contenido del puesto acorde a su categoría profesional, o cabe un “desempeño limitado” derivado de adecuaciones de puestos de trabajo por motivos de salud laboral?
- B) Que la prolongación sea autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos (en adelante PORH). Sobre este requisito apunto un nuevo interrogante: ¿No caben otras circunstancias particulares para denegar la prolongación en el servicio activo? ¿Es únicamente el contenido del PORH el elemento habilitante para motivar la denegación?

Como tantas veces sucede, la realidad plantea situaciones particulares no coincidentes con las previsiones generales recogidas en las normas. Entre ellas están todas aquellas en las que los trabajadores solicitan prolongar la permanencia en el servicio activo que tienen limitaciones por salud laboral, desempeñando puestos adaptados, o que desempeñan sus funciones con escaso rendimiento, implicación o interés (lamentablemente, algo no tan infrecuente).

A.- No prolongación por causa derivada de capacidad funcional

Sobre la primera cuestión resulta de interés la **sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 17/12/2020, dictada en recurso de casación 1078/2019**, en la que el interés casacional para la formación de jurisprudencia es «*si el requisito de*

reunir la capacidad funcional al que se refiere el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, comprende los puestos que se desempeñan con carácter definitivo o también aquéllos otros que se desempeñan con carácter provisional».

La controversia parte de la denegación por parte de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Gallego de Salud (SERGAS) de la solicitud de prolongación en el servicio activo al recurrente, quien desempeñaba sus servicios adscrito de forma provisional a diferente departamentodel centro sanitario, cuya argumentación se fundaba en que la decisión de la Administración se basaba en una situación de discapacidad, y no tanto por carecer de capacidad funcional para realizar las funciones de su nombramiento ya que tenía un puesto adaptado desde hacía años antes de alcanzar la edad de jubilación.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia razonó que, para autorizar la prolongación en el servicio activo, una vez cumplida la edad de jubilación, el funcionario o empleado público debe mantener la capacidad funcional para el desempeño del cargo o función para la cual fue nombrado originariamente de conformidad con el artículo 26.2 (...). Y resaltó que el actor no desempeñaba las funciones correspondientes a su puesto de nombramiento (en la categoría de pinche de cocina), sino las propias de un puesto adaptado a sus limitaciones desarrollado provisionalmente en el Servicio de Información.

Por parte del recurrente se esgrime que esa interpretación del artículo 26 es restrictiva, debiendo entenderse que la capacidad funcional debe entenderse referida a la necesaria para ejercer la profesión en relación con el puesto de trabajo adaptado por razón de la capacidad o desempeñado con carácter provisional.

En el otro lado, la Administración entiende que, si no cabe hablar de un derecho a la prórroga del servicio activo al tener que atenderse, en todo caso a las necesidades de la organización, menos aún cabrá exigir ese derecho cuando el funcionario esté prestando servicios en un puesto distinto de aquel para el que fue nombrado. Reputa evidente que esta circunstancia *«afectará a las necesidades de organización provocando, en término, la alteración de la organización administrativa al margen del PORH, al existir personal que por circunstancias sobrevenidas, está prestando servicios en puestos distintos a los inicialmente previstos».*

El Tribunal Supremo retoma la fundamentación de su sentencia de 03/06/2019 (recurso casación 388/2017) y vuelve a recordar que la respuesta a las solicitudes de prolongación en el servicio activo a quienes posean la capacidad funcional debe producirse en función de las necesidades organizativas plasmadas en un PORH. Ahora bien, insiste en la importancia de la capacidad funcional, por tanto, la concurrencia de causas relacionadas con la capacidad funcional de su nombramiento, fundamentan la denegación.

Concluye señalando que *«en el caso de autos la Administración actuó en consonancia con la Convención [en referencia a la Convención de la ONU, de las personas de*

discapacidad de 13 de diciembre de 2006] *al proceder a adaptar un puesto de trabajo al recurrente que adquirió una discapacidad durante el empleo sin que ese desempeño provisional para atender a su ejercicio del derecho al trabajo pueda equipararse a la capacidad funcional para desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento, ni tampoco a los puestos de trabajo de reserva legal para personas con discapacidad en el momento correspondiente al nombramiento». Así, «el requisito de capacidad al que se refiere el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 (...) comprende solo los puestos que se desempeñen con carácter definitivo, es decir, las actividades correspondientes al nombramiento».*

Este razonamiento podría extenderse a los casos en los que el profesional presta servicios en un puesto adecuado por circunstancias de salud laboral, con recomendaciones o limitaciones preventivas que afecten de forma notoria al contenido funcional del puesto de trabajo.

Si se debe acreditar que la persona podrá desempeñar su profesión (la correspondiente a su nombramiento) sin menoscabo o dificultad que imposibilite de hecho su cometido laboral, una disminución de esa capacidad, que afecte a una parte importante o sustancial en el desempeño de sus cometidos y tareas, constituiría justificación suficiente para no prolongar el servicio activo.

Una cosa es que la Administración deba adoptar medidas para, mientras está viva la relación laboral, adecuar el desempeño a las limitaciones que pudiera presentar el trabajador, y otra distinta es que esta obligación vaya más allá de la edad de la jubilación establecida con regla general para poner fin a esa relación laboral, cuestión en la que no sólo entra en lid el derecho del profesional, sino la respuesta a necesidades concretas de organización de la Administración.

B.- Denegación por causas organizativas.

El segundo interrogante gira en si la denegación por causas organizativas ha de venir en todo caso motivada por lo previsto en un PORH, o si cabe su justificación en situaciones concretas y subjetivas como, por ejemplo, el bajo rendimiento del profesional.

Resulta interesante la **sentencia de 24/02/2022 de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Recurso casación número 632/2020)**, por como plantea esta cuestión, si bien es cierto, que en base al artículo 67.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

La doctrina del Tribunal Supremo respecto dicho artículo es consolidada (entre otras, sentencias 169/2017, de 6 de febrero, 407/2018 y 1814/2020, de 14 de marzo y 22 de diciembre, 12 y 963/2021, de 18 de enero y 6 de julio), y se resume de la siguiente forma:

- Se deja a la discrecionalidad de la Administración la apreciación de las circunstancias de cada caso, si bien debiendo resolver de forma motivada.

- El derecho a la prolongación en el servicio activo es calificado como *«derecho subjetivo condicionado, esto es, no absoluto sino dependiente de las necesidades organizativas de la Administración, necesidades que deben ser reales y probadas e invocarse como fundamento de lo que se decida»*.
- *«La integración de esas necesidades puede consistir en valorar no sólo esas necesidades organizativas u objetivas sino, también, las circunstancias personales del funcionario como, por ejemplo, su nivel de adecuación a los estándares de calidad y volumen de trabajo fijados para su puesto, lo que lleva a valorar la calidad de su concreto trabajo, laboriosidad o si contribuye a la consecución de los objetivos del órgano en que presta servicios. En definitiva, se valora si la prolongación de su vida activa es positiva para los intereses públicos identificados con los que satisface la Administración»*.
- *«Una valoración negativa en esos aspectos subjetivos no exige que haya ido precedida de medidas disciplinarias pues nada tiene que ver, en principio, la comisión de una falta disciplinaria con un rendimiento deficiente o no acorde con lo esperable de un funcionario de determinado nivel y experiencia»*.

Así, en el ámbito general de la Administración Pública, la prolongación en el servicio activo (derecho individual del funcionario que atenúa el componente de discrecionalidad) es considerado como un *derecho condicionado*, a las necesidades del servicio no entendidas *«en su sentido estrictamente objetivo -que dependa de que haya escasez de personal, vacantes, por el volumen de trabajo, etc.- pues, aun concurriendo, no es un presupuesto que conlleve como efecto automático o indefectible la prolongación interesada»*; sino que *«cobra así sentido el aspecto subjetivo que admite nuestra jurisprudencia: en lo objetivo puede haber datos que favorezcan el mantenimiento del funcionario en servicio activo, ahora bien, si tras analizar su rendimiento y contrastarlo con las necesidades del servicio se concluye que no ha sido el idóneo o esperable, no será arbitrario denegarle la prolongación de su vida activa»*.

El derecho funcional queda de esta forma supeditado al interés del buen funcionamiento de la Administración, *«interés que implica que sea correcto dejar de contar con los servicios de quien no aportará un beneficio cierto»*.

Entiende el Tribunal Supremo que la continuidad en el servicio activo (más allá de la edad de jubilación es una excepción a la regla general porque confluyen dos intereses: el del funcionario que quiere seguir trabajando y el de la Administración que no quiere perderlo. Para ello se precisa de la valoración subjetiva del trabajador - no ligada a que con anterioridad no haya sido sancionado o no haya visto reducidas sus retribuciones por productividad o removido del puesto -, ponderando *«qué aporta al servicio»*.

En definitiva, la decisión de no prolongar al profesional en el servicio activo *«no está limitada necesariamente a razones de índole estrictamente organizativa, estructural o de planificación de recursos humanos, sino que también puede sustentarse en la valoración de la aportación concreta del funcionario al servicio público prestado y a la*

consecución de los fines encomendados, debiendo incorporar en todo caso la motivación necesaria».

Esta doctrina avala la denegación de continuidad en el servicio activo de quien asume de forma deficiente la labor encomendada tras la ponderación de la andadura profesional desarrollada a lo largo del tiempo y contrastadas con las necesidades de la Administración (Sentencia de 24/02/2022), o la inadaptación funcional continuada del profesional a la estructura del Departamento y a sus necesidades, (sentencia del Tribunal Supremo de 15/11/2021, recurso 360/2020).

Sin embargo, en la sentencia de 24/02/2022 se dice que «régimen distinto es el del personal estatutario para el que se exige que medie un plan de ordenación de recursos humanos o instrumento de planificación equiparable. En él deben concretarse las exigencias derivadas del interés general de forma que si falta el plan, bien por no existir o por haberse anulado, no cabe denegar la solicitud (cfr. artículo 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud)».

De esta forma, para situaciones similares o idénticas, se impone a mi entender, un régimen más limitativo y constreñido al actuar de la Administración sanitaria.

Los Planes de Ordenación de RRHH son instrumentos de «planificación global» previstos para la especificación de los objetivos que cada servicio de salud determine en materia de personal, así como de los efectivos y la estructura de recursos humanos adecuados para su consecución. Pueden establecer *«las medidas necesarias para conseguir dicha estructura, especialmente en materia de cuantificación de recursos, programación del acceso, movilidad geográfica y funcional y promoción y reclasificación profesional»* (artículo 13 Ley 55/2003).

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias (14/04/2011 y 16/06/2011, entre otras) ha exigido en el ámbito estatutario la existencia de un PORH, preceptiva para poder determinar las causas que justifican que, por necesidades de la organización, se pueda denegar la solicitud de concesión de prórroga en la edad de jubilación forzosa hasta alcanzar los 70 años. Pero también mantiene que este derecho subjetivo del funcionario queda condicionado, no obstante, a que las necesidades organizativas hagan posible su ejercicio, una vez la Administración justifique debidamente estas necesidades para la concesión o la denegación, lo que parece lógico si se piensa que permite a la Administración la adopción de medidas para la gestión de los recursos que les son encomendados y dar mejor respuesta a los intereses públicos encomendados, de especial relevando en el ámbito sanitario, como se ha podido constatar en años anteriores.

Desde esta perspectiva no parece razonable que para una misma realidad, se imponga este diferente tratamiento, y se imponga a la Administración Sanitaria una mayor exigencia como es que la denegación por causas subjetivas deban de señalarse o preverse expresamente en los PORH o se deba hacer acudiendo a través de la vía disciplinaria que, como hemos visto, no se exige en el ámbito de la administración

general. Parece absurdo y contrario al principio de eficiencia, mantener en el servicio activo, más allá de la edad de jubilación, a quien no cumple con los requerimientos y exigencias medias de rendimiento en un puesto de trabajo.

En definitiva, una vez más, es “tirar con pólvora del rey” y un alejamiento del debido fin y sentido de la gestión de los fondos públicos.

3. SENTENCIA PARA DEBATE.

FORMALIZACIÓN POR ESCRITO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CASOS DE REINTERVENCIÓN QUIRÚRGICA: LA STEDH DE 8 DE MARZO DE 2022.

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

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acaba de dar a conocer la Sentencia de 8 de marzo de 2022 -caso Reyes Jiménez v. España (solicitud nº 57020/18)- por la que se declara, por unanimidad, que se ha producido una violación del artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El caso se refiere a un grave deterioro de la salud física y neurológica del demandante, que era menor de edad en ese momento y que ahora se encontraba en un estado de total dependencia e incapacidad tras tres operaciones quirúrgicas a las que se sometió para extirpar un tumor cerebral.

Ante el Tribunal, el demandante, representado por su padre, denunció el incumplimiento del requisito del consentimiento informado por escrito en una de las operaciones. Alegó que si bien dieron su consentimiento por escrito para la primera operación, “que indicaba [algunas] posibles complicaciones y secuelas”, dicho consentimiento no puede ser “suficiente para considerar que fueron encendidos para la segunda” , siendo cada intervención única. Y que “el hecho de que la segunda intervención quirúrgica derive de la primera no puede justificar la ausencia de [dicho] consentimiento informado”. “Considera fundamental que el paciente reciba la información médica necesaria y adecuada, no sólo sobre las medidas terapéuticas [a aplicar] sino también sobre las complicaciones y secuelas [posibles] derivadas [de dichas medidas], teniendo especialmente en cuenta los riesgos de 'una segunda intervención en comparación con los de la intervención anterior'. Dado que cada operación había dejado importantes secuelas para el demandante, y por tanto su estado de salud era diferente cada vez, los riesgos asociados a la segunda operación habrían sido mayores. En este sentido, los padres no habrían recibido información

precisa por escrito, y por lo tanto no habrían tenido la posibilidad de hacer una elección plenamente libre e informada.

El TEDH concluye que los tribunales nacionales, desde el Tribunal Superior de Justicia de Murcia hasta el hasta el Tribunal Supremo español, no habían respondido adecuadamente a la exigencia de la ley española de obtener el consentimiento por escrito en estos casos. Si bien el Convenio no exige en absoluto que dicho consentimiento informado lo sea por escrito, siempre que sea inequívoco, el Tribunal observó que la legislación española requiere el consentimiento por escrito.

Considera que los tribunales no habían explicado adecuadamente por qué consideraban que la no obtención de dicho consentimiento por escrito no había vulnerado los derechos de la demandante.

- **Hechos:**

El demandante, Luis Reyes Jiménez, es un ciudadano español nacido en 2002 y residente en Los Dolores, Cartagena (Murcia). La solicitud fue presentada en su nombre por su padre, Francisco Reyes Sánchez.

Cuando tenía seis años de edad el Sr. Luis Reyes Jiménez fue examinado en varias ocasiones en el hospital universitario público Virgen de l'Arrixaca de Murcia. Se le hizo un escáner cerebral, que mostró que tenía un tumor cerebral. El 18 de enero de 2009 ingresó en el servicio de urgencias del hospital público en muy mal estado. Tras su ingreso, se le realizó una operación quirúrgica el 20 de enero, seguida de una segunda operación el 24 de febrero de 2009, y una tercera operación de urgencia el mismo día que la segunda. El estado de salud física y neurológica del paciente se deterioró grave e irremediabilmente.

- **Consideraciones jurídicas:**

El 24 de febrero de 2010, considerando que en el presente caso el personal médico había incurrido en negligencia profesional y que había habido deficiencias en la obtención del necesario consentimiento informado necesario, en particular para la segunda intervención quirúrgica, los padres de la demandante iniciaron un procedimiento administrativo ante la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia.

Tanto el TSJ de Murcia, como posteriormente el TS, tuvieron en cuenta que tal y como afirmó el médico, se había informado verbalmente a los padres de la demandante durante la segunda operación, los riesgos de la segunda intervención eran los mismos que los de la primera, y que era necesaria.

Como dijo la STSJ de Murcia de 20 de marzo de 2015:

. En cuanto a la segunda operación, se trata solamente de una reintervención, como se ha señalado, [que era] necesaria, y [que constituía] la única posibilidad en el presente caso; el médico informó [a los padres] de los beneficios y riesgos (que eran los mismos que durante la primera intervención), verbalmente.

La STS de 9 de mayo de 2017, en relación con la segunda intervención, tuvo en cuenta que la comunicación entre el médico y los padres era continua, la operación una consecuencia necesaria de la primera, ya que en la mayoría de las operaciones de este tipo el tumor no se extirpa completamente la primera vez y se hace necesaria una segunda operación, y que un consentimiento dado verbalmente era válido si podía probarse.

El TEDH hace un repaso de la legislación sanitaria española, y cómo ésta exige que en determinadas circunstancias, el consentimiento informado debe formalizarse por escrito (como sería en el presente caso de intervención quirúrgica).

A continuación, y en relación con la afirmación relativa a que la familia había sido debidamente informada verbalmente, señala:

*El hecho de que los tribunales nacionales consideraran que los padres estaban en contacto continuo con los médicos, basándose en una simple nota del médico tratante en el expediente médico del solicitante ("familia informada") (ver párrafo **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**anterior) y la mención "Preste atención a la información! no puede ser suficiente para concluir inequívocamente que los padres del solicitante fueron debidamente informados y consentidos para la intervención, de acuerdo con las normas internas*

“

Sobre el hecho de tratarse de una intervención idéntica a la realizada poco tiempo antes, dice:

“Es cierto que las dos operaciones tenían el mismo objetivo de extirpar el tumor. Sin embargo, hay que señalar que la segunda operación se produjo en una fecha posterior, después de que ya se hubiera extirpado parte del tumor y cuando el estado de salud del menor ya no era el mismo. En estas condiciones, los tribunales internos concluyeron que el consentimiento que se habría dado verbalmente para la segunda intervención (extirpación del resto del tumor cerebral) era suficiente, sin tener en cuenta las consecuencias de la primera intervención y sin especificar por qué no se trataba de una intervención separada, que hubiera requerido el consentimiento por escrito por separado exigido por la legislación española”.

Y concluye:

*“El Tribunal sólo puede concluir, tras haber examinado los autos, que las sentencias internas, desde el Tribunal Superior de Justicia de Murcia hasta el Tribunal Supremo (véanse los apartados **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**y **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**anteriores), no han dado respuesta al argumento concreto sobre el requisito de la legislación española de obtener el consentimiento por escrito en tales circunstancias. Su conclusión de que un acuerdo oral era válido en las circunstancias del caso no es suficiente a la luz de las disposiciones específicas de la legislación española, que requieren el consentimiento informado por escrito”.*

Por todo lo anterior, la Corte condena a España a:

“pagar al demandante, en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que la sentencia adquiera firmeza de conformidad con el artículo 44 § 2 del Convenio, la suma de EUR 24.000 (veinticuatro mil euros), más cualquier cantidad que puede ser debido sobre esta suma en concepto de impuesto, por daño inmaterial”.

Más información: echr.coe.int

En relación con este mismo asunto, véase comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha, nº 78, rec 9/2016 publicado en El Derecho:

Más información: elderecho.com

4.- DOCUMENTOS DE INTERÉS.

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

I. RECURSOS HUMANOS.

- Baremación de servicios prestados en sociedad contratada por la adjudicataria del contrato.

ATS de 10 de febrero de 2022, nº rec. 7774/2020.

La cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

“Determinar si, a los efectos de baremación de méritos en los procesos selectivos convocados por los Servicios de Salud, pueden ser considerados como servicios sanitarios los servicios prestados como socio y administrador único de una sociedad limitada profesional contratada por una sociedad limitada adjudicataria de contrato de gestión de servicio público licitado por una fundación pública”.

Más información: poder.judicial.es

- **Trato discriminatorio: no baremación de servicios prestados en instituciones sanitarias públicas suizas.**

STS nº 1203/2021, de 4 de octubre.

La respuesta a la cuestión de interés casacional planteada:

“En efecto, vulnera el derecho a la igualdad y a la libertad de circulación de personas, la exclusión de la prestación de servicios en instituciones sanitarias públicas de Suiza, como mérito evaluable en un proceso selectivo al que concurre una nacional española, al igual que la no consideración de la actividad desarrollada en el ámbito de la formación y de la investigación”.

Más información: poder.judicial.es

- **Promoción interna temporal y trienios.**

STSJ de Castilla-La Mancha nº 10046/2022. nº rec 5 de 2019.

- **Hechos:**

El interesado, personal estatutario fijo del SESCAM en la categoría de Auxiliar de Enfermería, desde el año 2005 al año 2009 desempeñó mediante promoción interna temporal funciones propias de la categoría de Enfermero, llegando a consolidar trienios durante ese ínterin, trienios que, mientras estuvo en promoción interna temporal, cobró en la cuantía correspondiente a Auxiliar de Enfermería.

En el año 2009, a través de las correspondientes pruebas selectivas, accedió definitivamente a la categoría de Enfermero. En esta situación, la Administración siguió pagando los trienios que habían sido consolidados mientras estuvo en promoción interna temporal como Enfermero según la cuantía correspondiente a la categoría de Auxiliar de Enfermería.

El interesado reclama que se le paguen tales trienios de acuerdo con las cuantías correspondientes a la categoría de Enfermero.

- **El Criterio del TS:**

El Alto Tribunal se muestra favorable al abono de trienios durante el tiempo mismo de desempeño transitorio de un puesto de categoría superior en régimen de promoción interna temporal, en cuantía correspondiente a la categoría consolidada:

“...resolverse de otra forma se estaría dando por bueno un trato distinto y peor al personal estatutario fijo que al personal interino que desempeñe el puesto y, después,

adquiera la condición de fijo en la misma categoría. A este último se le reconocerán, en efecto, los trienios del grupo desempeñado desde el inicio de la prestación del servicio, mientras que a aquél solamente se le reconocerían desde que adquiriese esa categoría, pero no respecto del tiempo en que estuvo en promoción interna temporal”

- **La cuestión prejudicial planteada por el TSJ y la respuesta del TJUE:**

El auto del TJUE de 13 de diciembre de 2021 concluye que la Directiva 1999/70/CE no se opone a una legislación nacional que establece que un trabajador indefinido que ejerce temporalmente funciones de categoría superior, los trienios que le corresponden son los de la categoría inferior, mientras que el trabajador con contrato de duración determinada cobra los trienios correspondientes a la categoría efectivamente desempeñada.

El ATJUE ha sido comentado por Víctor Alonso, letrado de la JCC, en el Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del SESCOAM correspondiente al mes de enero.

- **Lo que dice la Sala:**

La Sala estima el recurso de la Administración, que gira en torno a la aplicación al caso que nos ocupa del art. 35.3 del EM:

“El art. 35.3 de la misma norma, invocado muy pertinentemente por el Letrado de la Administración demandante, no ha sido contemplado ni en la sentencia de instancia ni en las sentencias del Tribunal Supremo que hemos citado más arriba. Sin embargo, se trata, a nuestro juicio, de un precepto de enorme importancia para la adecuada resolución del caso.

El precepto establece categóricamente que el ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo”.

Argumentos:

- Inaplicación de la normativa comunitaria en este caso:

“Nada tiene que ver el Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, con la protección del trabajador fijo, y nada ha regulado la Unión Europea sobre la protección de dicho trabajador por comparación al temporal. Podrá opinarse lo que se quiera sobre dicha relación comparativa, pero lo que se concluya no podrá basarse en el Acuerdo Marco”.

- Sobre la excesiva duración de la situación de temporalidad en PIT:

“...la promoción interna temporal solo duró de 2005 a 2009, de modo que no se da la situación de cuasipermanencia a que alude el Tribunal Supremo. En todo caso, este argumento era meramente de apoyo en las sentencias del Tribunal Supremo, y entendemos que por sí solo, y teniendo en cuenta que la promoción interna temporal es voluntaria para el funcionario, no es suficiente para enmendar lo que deriva del artículo 35.3 EM”.

- Sobre la posible inconstitucionalidad del art. 35.3 del EM: inexistencia de trato discriminatorio.

“La doctrina del Tribunal Supremo no parece encontrar nada reprobable en que mientras se está desempeñando la plaza transitoriamente por un interino, o transitoriamente por un fijo en promoción interna temporal, los trienios devengados constante esa situación se cobren en cuantía diferente. Si esto es así, no entendemos por qué haya de ser discriminatoria que la consolidación hacia el futuro de los trienios siga la misma regla”.

Añade:

“Las leyes limitan en ocasiones los efectos de los desempeños temporales de puestos por los funcionarios de carrera, como puede ser el caso de las comisiones de servicios o el presente, porque el funcionario de carrera tiene una referencia permanente de categoría que domina su relación con la Administración y a la que hay que estar a distintos efectos”.

Finaliza:

“...digamos que no es correcta a nuestro juicio la afirmación de la sentencia de instancia según la cual cuando se aprobó el Estatuto Marco no había discriminación, y que pasó a haberla cuando los interinos empezaron a cobrar trienios por efecto de la doctrina europea del TJUE. Cuando se aprobó el EM los interinos que luego accedían con carácter fijo a una plaza también consolidaban los trienios en relación a la plaza efectivamente ocupada, en su día, como interinos (art. 2.1 de la Ley 70/1978) y sin embargo el art. 35.3 del Estatuto Marco, con plena consciencia de lo anterior, estableció que en el caso de los funcionarios fijos en promoción interna temporal la regla sería otra.”

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA.

- **Nota relativa a la actuación de investigación sobre presuntas irregularidades en la cadena de distribución y venta de productos sanitarios esenciales con ocasión de la crisis sanitaria producida por la COVID-19.**

Informe emitido por la Oficina Antifraude sobre la contratación por el Institut Català de la Salut, teniendo en cuenta la situación de extrema necesidad de aprovisionamiento de material sanitario de protección personal en los momentos iniciales de la pandemia.

En dicho informe se advierte:

- a) Inadecuada utilización del desistimiento y de la modificación del contrato.
- b) Empresa que se encontraba en situación de prohibición de contratar.
- c) Carencia de información relativa al origen y a los contactos preliminares al encargo de emergencia a la empresa de aprovisionamiento.

Más información: antifrau.cat

- Informe 6/2021, de 3 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre aplicabilidad a los procedimientos de contratación de los entes públicos autonómicos de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

FUNDESALUD es una Fundación del Sistema Sanitario Público de Extremadura sin ánimo de lucro y con fines de interés general adscrita a la Consejería de Sanidad y Servicio Sociales de la Junta de Extremadura.

La Junta Consultiva, tras el estudio de la LCSP concluye que tiene naturaleza de poder adjudicador, siendo considerado como Poder Adjudicador no Administración Pública, aplicándose a los contratos que suscriba, tipificados como privados, de valor estimado inferior a las cantidades previstas como máximas para poder calificar a un contrato como menor del artículo 118 de la LCSP, lo establecido en el Título I del Libro Tercero de la LCSP, en cuanto a su preparación y adjudicación.

El plazo máximo de duración de estos contratos será el de un año previsto en el artículo 29.8 de la LCSP no pudiendo ser objeto de prórroga.

Respecto al contenido y el tratamiento de los gastos repetitivos o periódicos se estará a la necesidad de planificación de la actividad contractual recogida para los contratos menores, remitiéndonos a la Recomendación 1/2018 de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Más información: juntaex.es

- Informe 8/2021, de 21 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre sometimiento a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público de los contratos celebrados por FUNDESALUD para la realización de ensayos clínicos y para la ejecución de las tareas de gestión que ésta asume en dichos contratos.

La Junta se ratifica en sus consideraciones expresadas en informes anteriores, y manifiesta que para que *“un contrato esté sometido a LCSP es indispensable que sea oneroso y que, además, lo formalice uno de los entes, organismos o entidades enumerados en el artículo 3 de la Ley... Dado que en los ensayos clínicos el promotor, que es quien financia el ensayo y realiza el encargo de una prestación a las otras partes, es, en la mayoría de los casos, un laboratorio fabricante de medicamentos y, por tanto, no está sometido al ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP, parece evidente que el contrato que se formaliza para llevar a cabo el ensayo clínico no está sometido a la Ley de Contratos.*

Además, esta conclusión se ve reforzada por la existencia de una causa de exclusión para los casos en que la parte que ha de prestar el servicio es una de las entidades enumeradas en el artículo 3 de la Ley.

Así, en el caso de que el centro donde se lleve a cabo el ensayo clínico sea un ente, organismos o entidad incluido en el artículo 3 de la LCSP y, por tanto, con motivo del ensayo preste al promotor los servicios propios del ensayo clínico de que se trate, estaríamos ante un supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP que se fundamenta en el artículo 4.1 m) de la Ley... (actual artículo 11.4 de la LCSP.

Por tanto en virtud de esta causa de exclusión se puede afirmar que la actividad que llevan a cabo los centros médicos y los investigadores en los ensayos clínicos, como actividad de prestación de servicios, está excluida del ámbito de aplicación objetivo de la Ley de Contratos”.

Por lo que respecta al sometimiento de las tareas de gestión que lleva a cabo FUNDESALUD en los contratos de ensayos clínicos a la LCSP, añade que teniendo en cuenta que los presupuestos fácticos y jurídicos son idénticos a los analizados en el Informe 2/2011 JCCABA, resulta incuestionable, como ya se ha abordado en la consideración jurídica quinta de este informe, que corresponde a FUNDESALUD, como en el caso de la Fundación Mateu Orfila de Investigación en Salud de las Islas Baleares, a estos efectos, una función de intermediación entre el promotor del ensayo clínico y el centro en el que se lleva a cabo el ensayo, en cumplimiento de los fines y actividades atribuidos legalmente, como impulsora de las relaciones entre el Promotor, el investigador principal y el Servicio Extremeño de Salud para la suscripción de los correspondientes contratos de ensayos clínicos, y sin perjuicio de las tareas que realice de gestión económica y administrativa de los fondos destinados a la realización de los ensayos clínicos.

Actividad o prestación de servicio que, como se ha indicado con anterioridad, esta excepcionada del sometimiento a la LCSP, en aplicación del ya mencionado artículo 11.4 del mismo cuerpo legal”.

Más información: juntaex.es

III.MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

- **Anulación parcial del Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se establece el régimen económico de los medicamentos huérfanos.**

STS nº 127/2022, de 3 de febrero, nº rec. 233/2020.

El TS anula parcialmente el acuerdo del Consejo de Ministros en su punto primero, en cuanto a la expresión "cuando en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud no exista una alternativa terapéutica", que debe completarse añadiendo "con la misma indicación autorizada que el medicamento huérfano".

Los medicamentos huérfanos son los empleados para el diagnóstico, prevención o tratamiento de las llamadas enfermedades raras o infrecuentes. Esta limitación hace que para la industria farmacéutica pueda no ser rentable el esfuerzo en I+D y producción al no obtenerse beneficios suficientes que retornen la inversión realizada, dicho en términos de mercado y debido al reducido número de pacientes.

El Acuerdo establece un incentivo específico: exonera a esos medicamentos del sistema de precios de referencia del SNS cuyo objetivo, como es sabido, es la sostenibilidad económica de la prestación farmacéutica mediante la intervención -y consiguiente reducción- de los precios de los medicamentos que incluye.

Como regla general el punto Primero del Acuerdo prevé tal exoneración, pero lo condiciona o bien a que en la prestación farmacéutica del SNS no haya una "alternativa terapéutica" al medicamento huérfano o bien, si tal alternativa existe, a que el medicamento huérfano " aporte un beneficio clínico relevante".

“Vista la parquedad y por las razones que ofreció la Administración para no completarlo o corregirlo, hace que el acuerdo sea incongruente. Debe resaltarse que esa parte expositiva es la motivación de lo que se acuerda en el punto primero impugnado, no es un preámbulo que ilustre una regulación, pues no se está ante una disposición normativa, sino que es formal y materialmente la motivación de lo acordado. Si en esa motivación del acuerdo se dice que un medicamento declarado huérfano queda exonerado del sistema de precios de referencia cuando "en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud no exista una alternativa terapéutica con la misma indicación autorizada que el medicamento huérfano", tal condicionante debe incluirse en su parte dispositiva, esto es, en el punto primero, para no crear incertidumbre.”

Más información: poder.judicial.es

- **Protésicos dentales y principio de garantía de independencia económica.**

ATS de 13 de enero de 2022 nº de procedimiento 678/2020.

Las cuestiones en las que se entiende que concurre interés casacional objetivo son:

(i) si resulta aplicable a los Protésicos Dentales el principio de garantía de independencia económica del prescriptor previsto en el art. 4.1 del RD-Legislativo 1/2015, de 24 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios_-precepto similar al artículo 3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías uso racional de los medicamentos y productos sanitarios-, cuando es titular de la clínica dental donde se ejerce la profesión de Odontología, un Protésico Dental que cuenta con autorización de fabricantes de productos sanitarios a medida;

(ii) si en un caso como éste, donde se cuestiona el citado principio de independencia económica, cabe reconocer legitimación activa al Colegio Profesional de Protésico Dentales.

[Más información: poder.judicial.es](http://poder.judicial.es)

IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

- **Trámite de subsanación en procesos selectivos.**

ATS nº 8018/2020 de 27 de enero de 2022.

Enfermera excluida de la relación de aspirantes aprobados con adjudicación de plaza en el proceso selectivo para la provisión de plazas básicas vacantes de la categoría de enfermero.

Explica que cumple todos los requisitos pues, aunque no presentó en plazo el formulario de elección de plaza, intentó subsanarlo y lo presentó antes de que fuera publicada la resolución de 18 de diciembre de 2018. Defiende la recurrente que la documentación debe admitirse, aunque sea extemporánea, cuando es aportada antes o dentro del día de la resolución por la que se entiende por decaído su derecho. Sostiene que la base 14ª.6 de la convocatoria no puede conllevar la pérdida de su derecho y que la resolución núm. 3243/2018, de 6 de septiembre, por la que se otorga un plazo de 10 días hábiles para presentar el formulario de elección de plaza, no le fue notificada personalmente y, además, que concurría causa de fuerza mayor derivada de una intervención quirúrgica.

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, en el seno de un procedimiento selectivo, puede considerarse subsanado el trámite de presentación de documentación, en concreto, el formulario de elección de plaza, cuando se aporta la documentación, una vez transcurrido el plazo previsto, pero, antes o dentro del día en que se publique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

- **Momento para la acreditación de la capacidad funcional en bolsa de trabajo temporal.**

SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de diciembre de 2019 y 24 de mayo de 2021 (recursos de apelación 276/2018 y 121/2019, Sección Segunda), y 2 de noviembre de 2021).

El momento para la acreditación de la compatibilidad para el desempeño de las funciones del puesto, en este caso de Celador, ha de acreditarse en el momento de la presentación de la solicitud, o, en su caso, en el plazo concedido para subsanar las deficiencias observadas, y no, como se pretende, una vez concluido el proceso selectivo para la constitución de las bolsas y adjudicación del puesto solicitado.

En este sentido la Resolución de 1 de octubre de 2014, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, por la que se publica la convocatoria de selección de personal temporal para la constitución de bolsas de trabajo de las categorías profesionales de las Instituciones Sanitarias y Centros Asistenciales

dependientes del SESCOAM, establece, en la Base Segunda, párrafo 1 d), que para poder participar en el sistema de selección de personal temporal, los aspirantes deberán *"Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas propias de la categoría a la que se aspira"*, capacidad que según dispone la Base Tercera, 1.6, debía acreditarse del siguiente modo:

"Los aspirantes que deseen acceder a la Bolsa de Trabajo a través del cupo del 7% de reserva para personas con discapacidad de un grado igual o superior al 33% deberán indicarlo en el recuadro correspondiente de la inscripción, presentando los documentos que acrediten el grado de discapacidad alegado, así como la compatibilidad para el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o puestos solicitados y, en su caso, las medidas concretas de adaptación necesarias para el desempeño del mismo".

V.RESponsABILIDAD SANITARIA.

- **Procedimiento de responsabilidad patrimonial sanitaria: acceso al expediente por la compañía aseguradora de la Administración.**

Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD nº 043288/2019.

El Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD se pronuncia sobre la entrega a la compañía aseguradora durante la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial sanitaria, de datos personales del afectado.

El informe en cuestión no se pronuncia expresamente sobre si la aseguradora debe o no tener la condición de interesada en un procedimiento de responsabilidad patrimonial (algo que defiende la asesoría jurídica del SAS en su informe), sino que trata de identificar las bases jurídicas legitimadoras en dos escenarios, a) cuando tenga la condición de interesado, y b) el supuesto en el que no lo tenga.

En el caso de ostentar esta condición las bases jurídicas que legitimarían el tratamiento de los datos personales de los afectados por parte de la aseguradora sería la existencia de *"obligación legal"* (base jurídica del art. 6 del RGPD) representada por la legislación administrativa (Considerando VIII), que también permitiría amparar el tratamiento de estos mismos datos en el caso de no tener la condición de interesada, entendiendo como tal *"obligación legal"* la dimanante de la LCS y la Ley 20/2015.

A lo anterior habría que verificar si, por tratarse de datos sensibles, concurre alguna causa legitimadora que exonere de la prohibición de tratamiento de este tipo de datos; en este caso sería de aplicación la causa prevista en el art. 9.2 f) del RGPD, a saber, cuando *"el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones..."*

Por último, en el caso en que haya finalizado el procedimiento administrativo y para poder proceder al pago de la indemnización, el informe también contempla como base jurídica legitimadora la *"satisfacción de un interés legítimo..."*.

- **Ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración sanitaria cuando, en vía contencioso administrativa, se declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial.**

STS (Civil) nº 119/2022, de 15 de febrero nº rec. 563/2019.

Si se opta por acudir a la vía administrativa, en la que se declaró prescrita la responsabilidad de la administración, en sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, órgano jurisdiccional a quien compete dirimir las cuestiones concernientes a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, según establece el art. 2 e) de la LJCA, en resolución que adquirió firmeza, no cabe promover, como aquí se ha hecho, la acción civil contra la compañía de seguros sobre los mismos hechos, y ello, por dos razones:

Una, porque no cabe declarar una responsabilidad de la compañía de seguros cuando, en vía contencioso administrativa, se declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada.

Segundo, porque equivaldría a una suerte de fiscalización de lo resuelto en vía contencioso administrativa por los tribunales de la jurisdicción civil, con clara infracción del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), cuando proclama que los tribunales ejercerán su jurisdicción, exclusivamente, en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley, con lo que se generaría una resolución nula de pleno derecho por evidente falta de jurisdicción (art. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC a modo, además, de una especie de revisión de una sentencia firme, que proclama la inexistencia de responsabilidad de la Administración.

Por todas las razones expuestas, es obvio que la tramitación de un procedimiento administrativo y ulterior proceso contencioso administrativo no interrumpen la prescripción de la acción civil, simplemente la impiden por las razones anteriormente expuestas, dado que no cabe condenar a una compañía de seguros, absuelta además en vía contenciosa, por pronunciamiento firme, a hacerse cargo de una responsabilidad patrimonial de su asegurada, que se declaró inexistente.

Más información: poder.judicial.es

- **Lesiones ocasionadas durante la asistencia a paciente epiléptico. Inversión de la carga de la prueba por no constar en historia clínica.**

STSJ de Castilla y León, Valladolid nº 1258/2021 de 19 noviembre.

Reclamación por deficiente asistencia sanitaria prestada en el domicilio del enfermo al sufrir una crisis epiléptica, estando presentes el médico y enfermera del Centro de Salud, así como el facultativo del 112 que acudió tras ser llamado por aquél, en unión de la enfermera de dicho servicio de emergencias; tras esta inicial asistencia se ingresó en el Complejo Asistencial Universitario de León, donde ya en el Servicio de Urgencias se apreciaron lesiones en ambos brazos que le ocasionaron importante secuelas.

Considera la Sala que “ante la no explicación de las causas de las lesiones, con fractura en ambos húmeros, con 4 fragmentos en el humero izquierdo y crepitación, tales lesiones debieron apreciarse por los facultativos que atendieron a la demandante en la documentación de la asistencia sanitaria, lo que no fue posible”.

La consecuencia de esta dificultad probatoria para la parte recurrente es clara, “Por tal motivo no puede exigirse a la reclamante acreditar una realidad no recogida ni documentada por los sanitarios intervinientes, pues ello sería una prueba de imposible realización, por lo que se deberá, ante dicha falta de documentación solo imputable a la Administración demandante, invertir la carga de la prueba.

No pueden prevalecer las que efectúan las partes demandadas, que se basan preponderante sino exclusivamente, en que en las crisis epilépticas se producen convulsiones que pueden causar lesiones traumáticas graves, aportando al respecto determinada biografía. Sin embargo, aunque ello pueda ser así en términos generales, en este caso las lesiones han tenido una gran entidad, en forma tal que no puede sin más aceptarse el postulado de que dimanen, sin excepción, de la crisis epiléptica sin consideración alguna al concreto tratamiento efectuado a la paciente antes de su traslado al centro hospitalario donde ingresó con las graves lesiones anteriormente descritas.”

Más información: poder.judicial.es

- Indemnización de 50.000 euros por daños sufridos por demora en la realización de intervención por laparoscopia debido a la descoordinación de los profesionales sanitarios.

STSJ de Extremadura nº 221/2021, de 30 de noviembre.

Hechos:

El 20 de septiembre de 2012 el paciente fue diagnosticado, tras una ecografía, de coleditiasis sin signo de colecistitis. Con fecha de 12 de noviembre de 2013, acude a urgencias del Hospital Don Benito-Villanueva por presentar dolor en zona de epigastrio irradiado a espalda y vómito bilioso. Se pautó consulta en cirugía por importante transaminasemia y bilirrubina, coleditiasis múltiple, pero sin dilatación de la vía biliar. Continúa hospitalizado hasta el día 19 de noviembre de 2013 tras lograr una normalización de los parámetros, en que es dado de alta.

El día 4 de diciembre vuelve al mismo servicio de urgencias presentando los mismos síntomas y alteraciones de los parámetros, tales que orientaba a una colecistopancreatitis aguda. Queda en observación y es dado de alta el día 12 de diciembre de 2013 al normalizarse los parámetros. Sin embargo con fecha 9 de diciembre de 2013, había sido incluido de intervención quirúrgica con prioridad alta (hasta 30 días).

Con fecha 9 de diciembre de 2013, fue revisado para anestesia siendo considerado apto, pero se le observó una leve alteración de la coagulación que se pretendió corregir con vitamina K-12.

El 13 de enero acude a consulta de cirugía y es derivado a Talarrubias para practicársele colecistectomía por vía laparoscópica pero no fue considerado apto por el leve problema de coagulación. A raíz de ello acude al servicio de hematología el 7 de febrero de 2014, y la hematóloga consideró necesario estudio de factores de coagulación en tres semanas. El 4 de marzo de 2014 fue examinado por la hematóloga la cual analizó los informes y lo citó para admisión el día 8 de abril del 14, para ser intervenido.

No obstante, un día antes vuelve a urgencias presentando fuerte dolor epigástrico irradiado a hombros, con vómitos. Se le hizo estudio y presentaba glucemia elevada, leucocitos elevados, y se le diagnostica de colecistopancreatitis litiásica.

El día 14 de enero se le practicó nuevo TAC urgente y se confirma pancreatitis aguda necrotizante con necrosis pancreática superior al 50% y abundantes colecciones necróticas peripancreáticas. Se consultó con la unidad hepática del Hospital Infanta Cristina y fue derivado. Allí observando numerosos parámetros alterados y pseudoquiste pancreático, con infección por probable necrosis. Es ingresado en la Unidad de Cuidados intensivos. Y tuvo que ser intervenido urgentemente el día 21 de mayo de 2014.

Tras la intervención y alta, tuvo que acudir en ocho ocasiones por diferentes dolencias, fiebre, sequedad ocular, signos diabéticos.

El paciente ha quedado con secuelas consistentes en diabetes insulino dependiente.

Reclama en concepto de indemnización la cantidad de 101.437,98 euros

La respuesta de la Sala:

“El paciente aquejado de una enfermedad que hoy día no puede ser considerada grave, colecistectomía, que puede realizarse por laparoscopia y con altas si no hay problemas, en 24 horas, y que es diagnosticado desde el 12 de noviembre de 2013, siendo pautado de cirugía, y ésta no se le practica, tras más ingresos, Así, cuando vuelve a ser ingresado el 4 de diciembre del mismo año 2013, ya se le diagnostica de colecistopancreatitis. "La pancreatitis necrótica grave" que ha sido diagnosticada por el propio Hospital Infanta Cristina cuando es derivado del Hospital D. Benito Villanueva es una mala consecuencia de la litiasis biliar y se trata de enfermedad grave. Se le incluye en lista de espera con prioridad alta, pero tampoco se le interviene por presentar "leves" problemas de coagulación. Y antes de ser intervenido presenta una gravedad importante presentando una pancreatitis aguda necrotizante, pseudoquiste, sepsis que provocan su ingreso en la UVI. No fue hasta el 21 de mayo cuando se le interviene, sin perjuicio de posteriores ingresos hospitalarios.

Es decir que es evidente que algún fallo ha existido en el tratamiento llevado a cabo por diversos doctores poco coordinados, que ante una patología simple, han provocado con su indecisión, una patología grave, que precisamente tiene su sola causa en la no superación mediante intervención quirúrgica, de la patología simple. No se respetó la lista de espera, pero si bien ello pudo deberse a la "leve" alteración de coagulación, lo más importante es que ya desde el principio y del primer diagnóstico en octubre de 2012, y con y otro ingreso complicado en noviembre de

2013, y ya con pancreatitis en diciembre de 2013, pudo ser operado por vía laparoscópica como se pautó inicialmente y se hubieran evitado las complicaciones. Lo que es evidente es que transcurrieron 144 días hasta la programación de la cirugía y ello es precisamente lo que provocó los graves daños sufridos”.

Más información: poder.judicial.es

VI. PRESTACIONES SANITARIAS

- CEAFA denuncia el uso denigrante y peligroso de sujeciones en pacientes con Alzheimer.

La Confederación Española de Alzheimer (CEAFA) ha querido poner de manifiesto su preocupación por el uso de sujeciones en las residencias de ancianos, que se usan principalmente en pacientes con Alzheimer u otras demencias para controlar sus movimientos durante las noches. La reciente noticia de la muerte por asfixia de una mujer mientras dormía a causa de las sujeciones ha sido el detonante para denunciar una situación a la que se enfrentan miles de personas mayores y que vulnera sus derechos fundamentales

Más información: geriatricarea.com

VII. DERECHOS DE PACIENTES

- Penal: emisión de ruidos de los equipos de aire acondicionado del hospital.

SAP de Madrid, nº 466/2021, de 20 de septiembre, nº de rec 1214/2020.

En el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda se encuentran instalados equipos de climatización en la cubierta de los edificios que componen el conjunto edificatorio del Hospital; dichos equipos de climatización realizan una reiterada emisión de ruido por la propia actividad de dichos equipos, tanto al interior del hospital, como al exterior, centralizándose la acusación en el ruido emitido en el interior de las habitaciones más cercanas al lugar en que se sitúan dichos equipos, las situadas en la tercera planta.

Los técnicos de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid hicieron tres mediciones en las habitaciones de la tercera planta, más cercanas a la cubierta del edificio, y en las tres mediciones realizadas se superaba la normativa sobre ruidos aplicable.

Tal y como expone la STS de 8-3-2021, es el juicio histórico el que ha de definir la idoneidad de la acción contaminante -en este caso, el ruido- para generar el riesgo de un grave peligro en la salud de las personas, requisito que no se habría acreditado en este caso.

En efecto, solo constan dos quejas de pacientes, que no aludieron a que durante su estancia en el hospital la exposición al ruido les produjera alguna alteración o repercusión de entidad para poder determinar su objetiva capacidad de perjudicar por lo menos psicológicamente su salud; asimismo testificaron personas que habían estado en habitaciones de la tercera planta como pacientes del hospital, quienes sostuvieron en el plenario que no tuvieron molestias por ruidos.

Más información: poder.judicial.es

VIII.PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES E INTIMIDAD.

- Acceso del profesional sanitario a la historia clínica del paciente con el fin de preparar su propia defensa jurídica.

Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD nº 0098/2020.

Se plantean tres supuestos:

- a) El acceso por el propio profesional sanitario a su historia clínica con la finalidad de preparar su defensa jurídica, tanto frente a una reclamación como frente al inicio de un procedimiento judicial.
- b) El acceso del citado profesional con la finalidad de remitir dicha documentación a las compañías de seguros que cubren su responsabilidad civil, y
- c) Cuando se ha ejercido la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro frente a la aseguradora, si el Hospital o el facultativo, puede acceder a la historia clínica.

1. En relación con la primera de las consultas la Agencia considera que:

- a) El acceso pretendido no encuentra cabida en los supuestos en que la propia LAP permite el acceso a la historia clínica al margen de la finalidad asistencial del paciente. (apartados 3 y 5 del artículo 16).
- b) El art. 9.2 f) del RGPD permite el tratamiento de datos sanitarios cuando sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;
- c) Se ha de construir la aplicación del artículo 9.2 f) al que se refiere la consulta, en el sentido de que la “finalidad asistencial” a la que sirve la historia clínica, va a operar como presupuesto y límite para aplicar el citado precepto al caso concreto.

Es decir, las reclamaciones extrajudiciales a las que se refiere el artículo 9.2 f) RGPD, en relación con el uso de la historia clínica, **deben tener origen directo en el proceso asistencial entre el paciente y el facultativo.**

“Es decir, el objeto de la reclamación debe referirse a una o unas asistencias que haya prestado el profesional, y las partes de la reclamación, serán de un lado, el paciente y de otro el médico (sin perjuicio de los representantes legales de cada uno o de las compañías aseguradoras con las que el profesional asegure su responsabilidad civil).”

- d) Debe establecerse un **procedimiento reglado** por parte de aquel sobre el que recaiga el deber de custodia y la condición de responsable del tratamiento, que garantice los principios que establece el artículo 5 del RGPD.

Por ejemplo:

- Verificar que efectivamente existe la reclamación y que se refiere a acontecimientos relacionados con los procesos asistenciales de los que es responsable el profesional afectado.
- Que el acceso sirva a la finalidad de atender la reclamación, tanto en el aspecto cualitativo (acontecimientos relacionados con la asistencia que es objeto de reclamación) como cuantitativo (no más información de la necesaria).
- El establecimiento de un registro de accesos que permita conocer quién, cómo, cuándo y para qué se produjo el acceso. Y que dicho registro ofrezca garantías de exactitud, resiliencia y autenticidad. (confidencialidad e integridad).
- Que los profesionales que accedan asuman los compromisos jurídicos derivados del uso de la información a la que van a acceder, estableciéndose modelos o formularios dónde se recoja la finalidad y la limitación de uso de dicha información

Y concluye en relación con este primer apartado:

“sólo en el caso de que se ofrezcan suficientes garantías para el cumplimiento de los principios del tratamiento previstos en el artículo 5 del RGPD se podrá utilizar el supuesto previsto en el artículo 9.2 f) del RGPD para el ejercicio de reclamaciones extrajudiciales”

2. Respecto a la entrega de la documentación sanitaria a la compañía aseguradora:

“La compañía aseguradora podría ostentar un interés legítimo en conocer la información que va a servir de base para abonar la indemnización o en su caso, oponer las excepciones que considere convenientes. En conclusión, la comunicación de los datos de salud de los pacientes reclamantes por parte del Hospital a la compañía aseguradora, esta exceptuada de la prohibición general de tratamiento al amparo del apartado 2 del artículo 9 RGPD letra f) por las obligaciones derivadas de la LCS y LOSSEAR, y en las letras g) h) e i) del RGPD por lo dispuesto en el artículo 9.2 y en la Disposición Adicional Decimoséptima LOPDGDD.

Siendo la base jurídica que legitima el tratamiento la prevista en el artículo 6.1 c) del RGPD referida al cumplimiento de una obligación legal”.

Añade:

“También será de aplicación lo indicado anteriormente referido al establecimiento de un procedimiento reglado que ofrezca suficientes garantías, es decir, sería necesario también establecer dicho procedimiento con las especialidades referidas a este tipo de accesos circunscritos a la proporción de información a la compañía aseguradora”.

Y precisa quienes, y bajo qué condiciones podrán acceder a la HC para su entrega a la compañía aseguradora:

“El cumplimiento de estas obligaciones, implica que únicamente podrá acceder el personal del Hospital establecido al efecto por la dirección, a los datos de salud de los pacientes reclamantes, para comunicar la información que sea estrictamente necesaria para analizar los hechos objeto de reclamación y que sean necesarios para la compañía aseguradora para valorar el pago de la indemnización. Lo que excluye la consulta y comunicación de otros acontecimientos de la historia clínica que no estén conectados directa o indirectamente con aquellos. (limitación de finalidad y minimización) Además los datos que se comuniquen deben ser tal y como consten en la historia clínica, sin que puedan someterse a modificaciones o alteraciones de ninguna naturaleza y solamente podrán acceder las personas autorizadas a tal fin, de modo que quede registrado el acceso y la finalidad”.

3. Peticiones por vía judicial:

“En este caso, resultara necesario que la petición judicial venga motivada y concrete los documentos de la historia clínica que sea preciso conocer, procediéndose por Hospital al envío de una copia de la misma o a facilitar el acceso dentro del propio centro.”

En lo que se refiere al acceso a la historia clínica para preparar la defensa sin la existencia de requerimiento previo:

- a) La opción más garantista es solicitar al juez que determine su aportación al proceso a través de los cauces procesales oportunos.
- b) Si por el contrario se pretende aportar la documentación referida a la historia clínica, motu proprio, el criterio de esta Agencia sobre el tratamiento de datos de carácter personal en procesos judiciales derivado de la aportación de una de las partes, es que la documentación entregada a los órganos jurisdiccionales competentes por quien tiene legitimación -procesal- estaría legalmente amparada no solo cuando los datos personales hubieran sido solicitados directamente por dichos órganos, sino también cuando, al aportarse por las partes, hubieran sido admitidos como prueba.

- c) En este supuesto y en relación con la interpretación del alcance del artículo 9.2 f) RGPD, al igual que en los supuestos anteriores, sería necesario establecer un procedimiento reglado con las características antes indicadas para llevar a cabo el acceso

4. Acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS:

“El acceso por parte de la aseguradora a datos de salud, respecto de los que puede deducirse la obligación del pago de la indemnización, resulta conforme a los artículos 9.2 f) y h) y 6 apartado 1 letras c) y f) del RGPD siempre y cuando se cumplan los restantes principios y obligaciones que recoge el citado RGPD”.

Más información: aepd.es

- **FARMAINDUSTRIA: Código de Conducta regulador del tratamiento de datos personales en el ámbito de los ensayos clínicos y otras investigaciones clínicas y de la farmacovigilancia.**

Los aspectos más relevantes introducidos por el Código de Conducta en lo que respecta al tratamiento de datos en el marco de la investigación científica pueden resumirse en los siguientes:

- Se regula únicamente el tratamiento por parte de los promotores de datos codificados, dado que la práctica del sector pone de manifiesto que aquéllos no llevan a cabo, en ningún caso, tratamientos de datos con datos personales sin codificar.
- Se establece como base jurídica del tratamiento de los datos en este ámbito el cumplimiento de obligaciones legales, sin que sea necesario el consentimiento del sujeto de la investigación para el tratamiento de sus datos, sin perjuicio del consentimiento informado que habrá de prestar para su participación en un ensayo clínico.

Se establece la necesidad de suministrar de manera separada la información en materia de protección de datos de aquella contenida en el documento de información al paciente que deberá proporcionarse a éste conforme a la normativa de ensayos clínicos.

- Se clarifican los roles de los distintos intervinientes en el tratamiento, especificando que el promotor de la investigación y el centro sanitario o investigador principal tendrán la condición de responsables de sus respectivos tratamientos, correspondiendo a cada uno de ellos las obligaciones derivadas de su actividad, sin que quepa apreciar la existencia de responsabilidad solidaria entre ellos por los incumplimientos que cometiera la otra parte.
- Se regulan los supuestos de uso secundario de los datos obtenidos en el marco de una investigación para futuras investigaciones, sin exigir, como regla general, el consentimiento de los participantes en la investigación.

- Se recoge la figura del tercero de confianza, al que será posible acudir para llevar a cabo el procedimiento de codificación de los datos personales de los participantes en la investigación, de forma que el promotor no pueda ni por sí solo ni con la mera asistencia del investigador re-identificar a los mismos.
- Se regulan las obligaciones de responsabilidad activa que deberán cumplirse en relación con el tratamiento de datos en el marco de la investigación. En particular, se resuelven determinadas cuestiones relacionadas con la notificación de quebras o brechas de seguridad en las que hubieran podido incurrir terceros cuyos servicios fueran contratados por el promotor.
- Se establecen aclaraciones en lo que respecta a las transferencias internacionales de datos personales, indicando que, en cuanto resulte completamente imposible al destinatario de una transferencia de datos ubicado en un tercer país u organización internacional re-identificar a los participantes en la investigación, al haberse producido una previa anonimización de los datos por el Promotor que le remite los datos, no será aplicable la normativa reguladora de esta materia. No obstante, si esa reidentificación fuera posible, sería necesaria la adopción de garantías adecuadas, en caso de que el país de destino no ofreciera un nivel de protección equiparable al del RGPD.
- Se incorporan distintos modelos de cláusulas que regirán las relaciones jurídicas entre los distintos intervinientes. Estos modelos, no obstante, podrán modularse en cuanto a su contenido siempre y cuando el texto final ofrezca garantías equivalentes a las incluidas en aquéllos

Más información: aepd.es

IX.DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

- **Despido improcedente: Negativa del trabajador a hacer entrega al empresario de un informe médico.**

SJ-Social de Oviedo, nº 273/2021 de 3 Junio, nº rec. 252/2021.

Se requiere a la empresa para que los empleados hagan un curso formativo. El trabajador comunica a la empresa que, para poder hacerlo, tendría que ser sin mascarilla por tener un informe médico que le recomienda evitarla por su rinitis alérgica. El trabajador es despedido.

El despido es calificado de improcedente, sin que el empresario esté legitimado para ordenar la entrega de este tipo de documentación sensible.

“el actor no prestó consentimiento para facilitar esos datos, así lo reconoce la asesora de la empresa, que manifestó que le dijo que no le entregaba el justificante médico porque estaba amparado por la protección de datos, debiendo respetarse esa decisión

pues se tratan de datos especialmente sensibles que precisan ese consentimiento expreso, pues en el informe médico dónde se recogía esa exención de la utilización de la mascarilla se aludía a los problemas psiquiátricos del actor. Por tanto, si el actor no consiente en la entrega de esa documentación médica la empresa no tiene derecho a acceder a ella, por lo que si se trata de documentación que no puede exigir, el actor, cuando se niega a entregarla, no está desobedeciendo ninguna orden”.

Y añade:

“Cierto es que el comportamiento del actor impide a la empresa cumplir el requerimiento efectuado por la inspección y se arriesga a la imposición de una sanción por falta grave, pero para evitar tal consecuencia debió la empresa proceder a otros cauces para poner fin a la relación laboral de los establecidos en el ordenamiento jurídico laboral, como podía ser un despido por ineptitud sobrevenida si el actor carece de la formación exigida para realizar su actividad al no ser válida la realizada online”.

X.PROFESIONES SANITARIAS

- Las gerocultoras no pueden dar medicamentos sin presencia de enfermeras.

ATS, Sala de lo Social, de 19 Enero de 2022, Rec. 1322/2021.

Se cuestiona si el personal gerocultor puede administrar medicación a los enfermos sin la presencia del médico o enfermero.

En la sentencia recurrida, el conflicto colectivo planteado por la Fundación, tiene por objeto modificar los planes de trabajo asignado a todos los trabajadores que ocupen las categorías personales de DUEs, gerocultores y Limpieza/lavandería de la Fundación.

Consta en la referida sentencia que, las gerocultoras, montan y desmontan las mesas de comedor; que los sábados y domingos por la tarde y las noches de ningún día de la semana, hay presencia física de enfermeras; que entre semana la gerocultoras recogen y dan al residente la medicación preparada previamente por las enfermeras. En los turnos de noche y los fines de semana lo hacen las gerocultoras conforme a las instrucciones y dosis dadas por las enfermeras. Las gerocultoras administran por vía subcutánea insulina y heparina a los usuarios, con las dosis pautadas por el personal sanitario.

La STSJ de Cantabria concluye que, salvo el supuesto excepcional a que se refiere la sentencia de 12 de julio de 2010 del Tribunal Supremo, (administración de insulina o heparina por vía subcutánea que no pueda realizar el propio enfermo), se requiere la supervisión y presencia física en la administración de medicación de un enfermero.

El Alto Tribunal no advierte contradicción entre las sentencias objeto de comparación, pues las pretensiones son dispares, por lo que declara la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Fundación Pumarejo y Azcue

(Residencia Santa Ana) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 21 de enero de 2021.

Más información: poder.judicial.es

5.- BIBLIOGRAFÍA Y FORMACIÓN.

I.- Bibliografía.

Bioconstitucionalismo(Dúo)

Autor: DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN FEDERICO

Más información: thomsonreuters.es

La Responsabilidad Patrimonial en Tiempos de Pandemia.

Más información: editorial.tirant.com

Claves Prácticas. Datos genéticos y relativos a la salud.

Más información: efl.es

Titularidad de la asistencia sanitaria gratuita a través del sistema nacional de salud.

Más información: thomsonreuters.es

II.- Formación.

DERECHO SANITARIO

- El testamento vital en la era post covid. el impacto de la pandemia y la ley de regulaciones de la eutanasia en el testamento vital.

Más información: icam.es

- Negligencias médicas.

Más información: icam.es

- Congreso Sociedad Española Psiquiatría Legal.

Más información: psiquiatrialegal.org

- Implicaciones legales en la gestión de enfermería.

Más información: codem.es

- Regulación de la eutanasia: intervención enfermera en la prestación de ayuda para morir.

Más información: codem.es

GESTIÓN SANITARIA

Máster GESAH: «La Gestión Sanitaria Hospitalaria». Edición 2022-2023.

Más información: icscyl.com

-NOTICIAS-

- Fabrican órganos universales compatibles para cualquier paciente.

Fuente: abc.es

- Tratamientos sin patente para COVID-19: el caso de la ozonoterapia.

Fuente: diario16.com

- La difícil tarea de informar al paciente.

La comunicación con el afectado debe pautarse según sus deseos y necesidades

Fuente: elcorreo.com

- El Consell Consultiu prohíbe al IB-Salut aplicar el Código Penal para sancionar a sanitarios.

Fuente: diariodemallorca.es

- Indemnizan a un paciente de Málaga con sida que no lo supo hasta dos años después.

Fuente: larazon.es

- Cómo el 'big data' y la IA pueden mejorar la sostenibilidad del sistema sanitario

Algunos ejemplos incluyen el desarrollo de modelos predictivos que ayuden a descongestionar las salas de urgencias y prevenir los ingresos del 28% de los pacientes recurrentes.

Fuente: elconfidencial.com

- Condenan al Servicio Andaluz de Salud por no comunicar un cáncer a un paciente que luego murió.

Fuente: elmundo.es

- Las tres cualidades del médico que aumentan la confianza del paciente.

La mitad de los pacientes asegura que, tras acudir a consulta con su médico, sale con más dudas que cuando entran.

Fuente: abc.es

-BIOETICA Y SANIDAD-

1- CUESTIONES DE INTERES

- Entre los Países Bajos y Oregón: eutanasia, garantías y suicidio asistido. Notas sobre la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia y su tramitación parlamentaria. Manuel Martínez Sospedra. Catedrático (emérito) de Derecho Constitucional UCH-CEU.

Artículo muy interesante que analiza con rigor y profundidad la Ley Orgánica 3/2021. El autor pone de manifiesto la contradicción en la que incurren las autoridades sanitarias en el momento actual: de una parte se intensifica la lucha contra el suicidio, a la par que se reconoce el derecho a la prestación de ayuda para morir:

“el suicidio se ha convertido en la primera causa de muerte no accidental y supone un problema de salud pública de alto bordo las mismas fuerzas políticas que están llamando la atención sobre el tal problema son también aquellas que impulsan la regulación de la «muerte dulce». Entiéndase bien, la contradicción se puede dar aun cuando ambas políticas sean plenamente constitucionales -que es de lo que aquí se va a tratar- pero la compatibilidad con la Constitución (que no la conformidad con la misma) no excluye la posibilidad de contradicciones”.

Respecto a la tramitación parlamentaria de la Ley y la falta de informes de órganos consultivos y organizaciones de profesionales:

“...al escoger la vía de la proposición de ley para ejercer la iniciativa legislativa el principal partido del Gobierno ha eludido , de un lado, los trámites de consulta a instituciones afectadas (como los colegios médicos, por ejemplo) como los de informe de otros órganos constitucionales, pagando el precio de una regulación inicial, la del texto de la proposición, claramente defectuosa, y eludiendo con ello dos riesgos políticos: el de abrir un mayor debate en la sociedad civil sobre una iniciativa que se sabe divisiva y el de suprimir el riesgo de informes críticos que se sabe pueden ser bien documentados y dotados por ello de autoridad”.

Respecto a la desconexión entre el legislador estatal y las Administraciones autonómicas responsables de la aplicación de la Ley:

“...resulta problemático establecer una regulación sobre una prestación sanitaria sin contar con los criterios, opiniones y propuestas de quienes, a la hora de la verdad, van a tener que hacerse responsables de la ordenación, gestión y control de otorgamiento de la prestación de que se trate. Como no existe conexión institucional regular que ligue el nivel nacional y el territorial de gobierno el sistema institucional deviene defectuoso: se puede legislar sin contar con los criterios, intereses y opiniones de quienes son responsables de la organización y prestación del servicio (...) en el momento de su implantación al menos cinco comunidades autónomas están regidas por partidos políticos que en el Parlamento nacional se han opuesto a la prestación misma,

y que dichas comunidades suponen más de veinte millones de personas no parece que el éxito de la implantación de la prestación sea sencillo, ni siquiera que esté asegurado”.

A continuación, el autor estudia en profundidad los diarios de sesiones para diseccionar y analizar con mirada crítica los distintos argumentos que se dieron, tanto a favor del texto, como en su contra, a lo largo de su tramitación parlamentaria en el Congreso y en el Senado, para concluir que:

“...las críticas provienen no sólo de las formaciones de oposición, sino también de representantes de grupos políticos que en principio son favorables a la regulación e incluso forman parte de la base parlamentaria del Gobierno. La negativa a aceptar la mayor parte de esas observaciones puntuales induce a pensar que la proposición de ley más que de la coalición gubernamental o de su mayoría parlamentaria es, sencillamente, una norma de partido”.

Prosigue el autor adentrándose en el estudio de la Ley para denunciar, entre otras, las siguientes contradicciones/deficiencias:

a) Sobre el suicidio asistido y el procedimiento de tramitación previsto en la Ley

“Si mediante la emisión de esa certificación emitida por facultativo del SNS se abre el procedimiento, sin ella no la hay. En otros términos, no hay procedimiento sin la concurrencia de la voluntad del Estado, la voluntad del paciente por sí misma puede ser necesaria, pero nunca es suficiente por sí sola para poner en marcha el procedimiento mediante el cual se alcanza la prestación. En consecuencia, cabe sostener que la ley no ampara en ningún caso el suicidio asistido”.

b) Complejidad del procedimiento

“Visto el procedimiento no se puede, ni se debe, negar el propósito garantista que al que el mismo obedece, si bien no parece descabellado señalar que podría ser algo menos barroco...”

c) Sobre la prestación. Cuatro observaciones merecen este conjunto de reglas:

“Primera. El paciente no goza de la facultad de escoger, de entre los muchos medios a su alcance, aquel con el que se pone fin a su existencia, dicha facultad se la reserva el Estado.

Segunda. La regulación establece una modalidad única para proceder a la eutanasia: la muerte se produce mediante la administración de una «sustancia», que se supone los protocolos precisan, y es la propia Administración la que determina cual o cuales son estas y cuál es, en su caso, su dosificación.

Tercera. La prestación se efectúa siempre mediante la intervención y supervisión del personal sanitario al servicio del establecimiento en el que la misma se prescribe, y se efectúa en el seno de dicho establecimiento como regla, y solo como excepción en el domicilio del paciente, único punto en el que este último tiene reconocida algún grado significativo de autonomía.

Cuarta. Cualquier intervención que comporte muerte del solicitante y no se ajuste a las previsiones citadas no se beneficia de la exención de responsabilidad penal del nuevo art. 143.5 CP (vide disposición final primera), incurrirá en la conducta típica descrita por el apartado cuarto del citado precepto y será sancionado de conformidad con sus previsiones”.

d) La objeción de conciencia:

“La facultad de objetar comprende a «los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación», no se ciñe pues al personal médico, sino que se extiende cualquier profesional sanitario, sea cual sea su cualificación profesional, en este sentido no cabe duda de que son titulares de dicho derecho el personal médico, el de enfermería y el de auxiliares clínicos, siempre que estén «directamente implicados». Es discutible si puede cubrir al restante personal que presta servicios que comporten dicha implicación directa y no formen parte de las categorías señaladas. En este sentido la norma peca de falta de precisión.”

e) Sobre el registro de objetores de conciencia:

“...como los profesionales afectados pueden cambiar de opinión no es posible evitar movimientos en el registro, y, consiguientemente, la mengua de su utilidad para el fin que se desea obtener, si se trata de evitar, como parece, de hacer efectivo el principio «el personal puede objetar, el hospital no» la verdad es que la de un registro de objetores de contenido variable no es una solución muy eficiente. Los inconvenientes que siguen de instrumentar medidas divisivas.”

e) Sobre la equiparación de la muerte como a la consideración legal de muerte natural:

“La naturaleza vergonzante de una disposición así es a todas luces evidente : el Legislador trata de ocultar que el Estado ha matado a un ciudadano, a su solicitud, porque España deviene un país en que tal cosa es factible y, al efecto de dejar de ese hecho el rastro más reducido posible se recurre a un «como si», esto es a una ficción cuya función primaria es nublar en conocimiento público de aquellos casos y, de paso, eximir de cualquier clase de responsabilidad civil o administrativa a los administradores del tóxico correspondiente: el envenenamiento se disfraza de enfermedad”.

f) Sobre la existencia de un derecho subjetivo, el autor expone la razones para cuestionar que realmente podamos hablar de “derecho” cuando nos referimos a a la prestación de ayuda para morir:

“...el recibir la «ayuda para morir» solicitada exige un mínimo de dos voluntades coincidentes con la del solicitante, y puede llegar a exigir cinco adicionales, teniendo siempre la Justicia la última palabra. En otras palabras, sin la concurrencia de la voluntad del Estado, expresada por el personal médico o, en su caso, de la de la Comisión, que tiene a su cargo el «control» no hay prestación que valga porque la solicitud no prospera. La iniciativa puede ser del titular, y ese es el elemento de autonomía, pero la «resolución» que hace factible jurídicamente la prestación es siempre heterónoma. Como lo es la determinación de la prestación misma, en la que el

único elemento autónomo, que no se da en todos los casos, es la elección del lugar en que efectúa el suministro de la «sustancia» que va a producir el deceso.

La ley orgánica no regula un derecho o libertad nuevo por la sencilla razón que no establece ninguno, lo que regula es un homicidio piadoso a solicitud de parte, lo que regula es un «homicidio rogado».

El artículo finaliza dando respuesta a dos grandes interrogantes:

- i) ¿El sistema establecido puede entenderse compatible con la ley fundamental? La indisponibilidad de la vida humana. La vida no puede ceder frente al valor libertad:

“Como la vida es el presupuesto necesario de la titularidad y posibilidad de ejercicio de los demás derechos fundamentales, en la terminología de la jurisprudencia constitucional es el «presupuesto lógico y ontológico», carece de sentido invocar alguna clase de primacía de la libertad frente a la vida: es esta última la que es presupuesto de la primera, no se puede invocar el «libre desarrollo de la personalidad» frente a la posición primaria del derecho a la vida porque sin esta no hay ni «personalidad», ni «libre desarrollo» alguno. En este sentido el «derecho a la vida» exige un respeto poco menos que incondicional.”

- ii) ¿Puede entenderse compatible esta prestación con el art. 2. CEDH?

Para el autor la respuesta sería negativa “no parece que la compatibilidad del sistema diseñado por la ley española de eutanasia con el Convenio de Roma sea precisamente evidente, toda vez que el sistema aquí adoptado es uno estructurado en torno a la «asistencia de una entidad pública», que, además, se ha configurado de tal modo que es el Estado, SNS mediante, el que, lejos del deber de protección, mata por sí mismo al peticionario. Y esa excepción en el art. 2.2 CEDH parece que no está. Lo que, además, arrastra una consecuencia de Derecho interno de enorme impacto potencial. En efecto, el art. 31 de la L.25/014, reguladora del régimen de los tratados estatuye: Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecen sobre cualquier norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.”

Más información: cortsvalecianas.es

- **La regulación de las Comisiones de Garantía y Evaluación autonómicas en aplicación de la Ley de Eutanasia en España.** Revista para el estudio y reflexión ética de los cuidados. Ángel Alfredo Martínez Ques.

El autor pone de manifiesto “la disparidad de criterios de las Comunidades Autónomas a la hora de desarrollar los aspectos básicos de la normativa estatal. Esto puede entenderse como resultado de una carencia o laguna en la legislación básica o como una forma de aproximarse o apartarse del derecho comparado en las legislaciones europeas que contemplan la Eutanasia. Hubiera sido deseable una mayor concreción y mayor pluralidad de disciplinas, de lo que determina la ley nacional”

Más información: ciberindex.com

- **Límites éticos a la promoción de la salud en el lugar de trabajo en el marco del concepto de empresa saludable. Rocío Gallego Villanueva , María José Martín rodrigo , Federico de Montalvo Jääskeläinen. Cuadernos de Bioética. 2022**

En el contexto de cambios generales en la sociedad en relación con la salud, la empresa saludable se proclama y acepta como algo necesario y legítimo. Este fenómeno se expande globalmente sin apenas cuestionamiento, promocionado por organismos internacionales y grandes empresas. Con presencia global y creciente en políticas y prácticas organizacionales y profesionales, parece ganar aún más fuerza tras la pandemia. Frente a la expansión del fenómeno y por incidir directamente sobre la salud de las personas, es ineludible un análisis del mismo más allá de su imagen positiva generalizada. En este artículo se identifican algunos peligros relevantes del fomento de la cultura de salud en el trabajo, desde una perspectiva ética, y entre ellos, no solo el carácter no beneficiante de algunas prácticas no contrastadas científicamente, sino, también, su propia condición maleficiente. En este trabajo se plantean, pues, los límites éticos para este fenómeno expansivo y se defiende que el principio fundamental para operar en este ámbito de relaciones asimétricas entre empleado y empleador es de no maleficencia y no tanto el de autonomía.

Más información: aebioetica.org

- **Dolor fetal y sus consideraciones bioéticas. Olga Isabel Restrepo, María Paula Prieto Soler. Cuadernos de Bioética. 2022.**

Los avances médicos y científicos han hecho posible la realización cada vez más temprana de procedimientos que involucran la vida humana dentro del vientre materno. A partir de lo anterior, ha surgido el dilema entorno a la percepción o experiencia del dolor fetal y sus implicaciones en diversos campos como: el diagnóstico prenatal, la cirugía fetal y en especial en torno al aborto. El presente documento busca realizar una aproximación al desarrollo embriológico de las vías del dolor y sus componentes, evaluar la pertinencia de la definición actual de dolor en este contexto, y las implicaciones bioéticas a las distintas intervenciones que se realizan en el feto. Consideramos que a pesar de que hace falta evidencia científica en este campo, el conocimiento disponible indica que si es posible experimentar dolor en el vientre materno en especial desde el segundo trimestre por lo que es importante la reflexión sobre el dolor fetal y la necesidad de tomar consciencia de esto, antes de realizar cualquier intervención que involucre al feto como paciente.

Más información: aebioetica.org

- **El tratamiento de afirmación de género en menores con disforia de género y la validez del consentimiento informado. Martha Miranda-Novoa. Cuadernos de Bioética. 2022.**

En la práctica médica pediátrica, se presenta el caso de menores de 18 años con disforia de género o con discordancia de género, caracterizadas por una incongruencia entre el sexo biológico y el género sentido. De esta manera, se ofrece la posibilidad médica y jurídica de iniciar un tratamiento de afirmación de género en niños y adolescentes. Aunque el tratamiento indicado para lograr dicho objetivo ha sido avalado por algunas asociaciones científicas, también ha sido objeto de serios cuestionamientos por la posible irreversibilidad de los procedimientos que se realizan en el cuerpo del menor. Por este motivo, si bien la ley le reconoce cierta autonomía al menor para tomar la decisión de iniciar un tratamiento de afirmación de género, la falta de madurez para entender y asumir la información que se le brinda podría llegar a cuestionar la validez del consentimiento informado.

Más información: aebioetica.org

- Informe especial: Toma de decisiones éticas en la práctica psiquiátrica contemporánea: un desafío en evolución.

Más información: psychnews.psychiatryonline.org

2-FORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.

I.- Bibliografía

- Guía de Consultoría Bioética. Casos difíciles en la práctica hospitalaria, experiencias del Servicio de Humanismo y Bioética de La Fundación Santa Fe de Bogotá.

Más información: revistaeidon.es

- Ecosistema de una pandemia. Covid 19, la transformación mundial.

Más información: dykinson.com

II.- Formación

- Curso de Bioética.

Más información: formacionsanitaria.eu